

# المدخل لدراسة الشريعة

## الإسلامية

عبد الكريم زيدان  
أستاذ بقسم الدين بكلية الآداب  
بجامعة بغداد

دار  
الكتاب  
الطبعة والنشر والتوزيع  
بإسكندرية

اهداءات ٢٠٠١

الدكتور / القطب محمد طه

القاهرة

# المدخل

لِلْإِسْنَةِ الشَّرِيعَةِ سِلَاقِ امِيَّةٍ

تأليف

الدكتور عبد الكريم زيدان

الأستاذ بجامعة بغداد - كلية الآداب

دار عتيق بن الخطّاب

مطبع - فشر - توزيع  
إسكندرية





# بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

فهذا كتابنا « المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية » في طبعته الرابعة المنقحة ، وقد جعلته وسطاً بين الاسهاب الملل والاختصار المخل وخير الامور الوسط . . . وقد جعلته قسمين ، اما القسم الاول فقد تكلمت فيه عن حالة العرب قبل الاسلام من الناحيتين الاجتماعية والقانونية ، وعن المعنى الدقيق للشريعة الاسلامية ، وعن خصائصها المهمة ومبادئها العامة وعلاقتها بالشرائع السماوية والوضعية السابقة . كما بينت في هذا القسم المعنى الاصطلاحي للفقهاء الاسلامي وعلاقته بالشريعة الاسلامية والادوار التي مر بها وأهم المدارس الفقهية الباقية منها والمندرسية مع ترجمة موجزة لمؤسسيها .

أما القسم الثاني فقد تكلمت فيه عن بعض النظم القانونية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية كنظام الملكية ونظام العقد ونظام الجرائم والعقوبات مع مقارنة لهذه النظم بالنظم القانونية الوضعية . ان ابحاث هذا الكتاب - على ما اعتقد - تعطي فكرة واضحة وجيدة عن طبيعة الشريعة الاسلامية وافكارها الاساسية وانواع النظم القانونية التي جاءت بها . كما ان هذه الابحاث تعين من يريد التوسع في دراسة الشريعة الاسلامية وفقهها العظيم . . . والله أسأل ان يوفقني الى خدمة شريعته انه سميع للدعاء مجيب .

المؤلف

بغداد ١٠ شوال ١٣٨٨هـ

١٩٦٩/١/١

## مُقَدِّمَةٌ

١ - الاجتماع الانساني ضروري كما يقول العلامة ابن خلدون في مقدمته<sup>(١)</sup> وهو ما يعبر عنه الحكماء بقولهم : الانسان مدني بالطبع • أي لابد له من الاجتماع والعيش مع بني جنسه • وما ذهب اليه ابن خلدون هو الحق ويؤيده الواقع • فالانسان يولد في المجتمع ولا يعيش الا فيه<sup>(٢)</sup> ، وتصور انسان خارج المجتمع ضرب من ضروب الوهم والخيال لا حقيقة له في الخارج •

وهذا العيش المشترك لابد ان تنشأ عنه معاملات وعلاقات فيما بين الافراد وما يتبع عن ذلك من منازعات • كما ان الفرد في المجتمع لا يمكنه أن يتمتع بحرية مطلقة لان ذلك يتعارض مع حريات الآخرين ويؤدي الى خصام مستمر لا يكون من ورائه الا فناء المجتمع • ولهذا كله كان لا بد من قواعد تحد من هذه الحريات المطلقة وتنظم تلك العلاقات حتى يستطيع كل فرد أن يعيش بأمان وينتهي للمجتمع سبيل البقاء والاستقرار • وهذه القواعد هي القانون • فالقانون ضروري للمجتمع كما ان المجتمع ضروري للانسان ، ولهذا لم يخل مجتمع ، في الماضي والحاضر ، من قواعد تحكم علاقات الافراد فيما بينهم وعلاقاتهم مع المجتمع وتحدد حقوقهم وواجباتهم ومدى حرياتهم على نحو ما •

٢ - والقانون قد يكون على شكل عادات وتقاليد واعراف يخضع لها الجميع وقد يكون على شكل أمر ونهي يصدره شخص مطاع كرئيس قبيلة أو ملك ، وقد يكون على شكل قواعد وأوامر تصدرها هيئة خولها المجتمع حق اصدار القانون • وهذا النوع من القانون ، بمختلف أشكاله ، مصدره

(١) مقدمة ابن خلدون ص ٤١ •

(٢) أصول القانون للدكتور السنهوري ص ١٥ •

البشر ، فهو قانون وضعي ، وهناك قوانين لا يكون مصدرها البشر ، بل خالق البشر وهذه هي الشرائع الالهية أو السماوية . وقد عرف البشر هذين النوعين من الشرائع : الشرائع الوضعية وهي من وضع الانسان وصنعها ، والشرائع السماوية وهي من صنع الله ووجهه .

٣ - والاساس في تبرير انزال الشرائع السماوية يقوم على فكرة ( الخالقية ) . فالكون وما فيه ومن فيه مخلوق لخالق عظيم هو الله تعالى . ومن لوازم حكمة الله ورحمته وربوبيته أن يهيء لكل مخلوق ما يحتاج اليه ويلتزم طبيعته ويصلح حاله ويحقق الغرض الذي خلق من أجله . والانسان - وهو المخلوق الممتاز - يحتاج الى هداية من خالقه وتعريف بعلاقته بالكون وبالغرض الذي من أجله خلق ، وبيان معالم السير في الحياة وقواعد السلوك في المجتمع . وحكمة الله تأبى أن يترك الانسان سدى بلا ارشاد لطريق الحق ولا بيان لقواعد السلوك . ومن ظن ذلك فهو على خطأ عظيم ، قال تعالى : « أيعسب الانسان أن يترك سدى »<sup>(١)</sup> ، أي لا يؤمر ولا ينهى كما قال الشافعي وغيره<sup>(٢)</sup> وما الامر والنهي الا بيان مناهج السلوك في الحياة وقواعد التنظيم لشؤون الانسان المختلفة ، وهذا هو القانون .

٤ - وقد ختمت الشرائع السماوية بالشرعية الاسلامية التي أنزلها الله على رسوله محمد (ص) وبلغها للناس ، وجاءت أحكامها وقواعدها شاملة لجميع نواحي الحياة ومنظمة لجميع العلاقات ، سواء أكانت هذه العلاقات بين الفرد وربه أم بين الفرد والفرد أم بين الفرد والجماعة أم بين الجماعة والجماعة ، فهي بحق دين ودولة .

٥ - وقد كان لهذه الشرعية السيادة القانونية المطلقة في المجتمع الاسلامي ، فقامت الدولة على أساسها ، ونظمت شؤون المجتمع على مقتضى أصولها وقواعدها ، وتحددت حقوق الافراد وواجباتهم بموجب أحكامها

(١) سورة القيامة ج ٢٩ الآية ٣٦ .

(٢) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٤٧ .

وأنظمتها ولم يخرج عن حكمها أي شأن من شؤون الحياة . وقد سعد  
الناس بها ما شاء الله أن يسعدوا ووجدوا في أحكامها الخير والعدل وحفظ  
حقوقهم ومصالحهم المشروعة . ثم أصاب الشريعة أنكماش في التطبيق  
شيئا فشيئا وهجرها المسلمون هجرا غير جميل وعزلوها عن واقع الحياة  
حتى آل الأمر الى عدم تطبيقها ، في معظم البلاد الاسلامية ، الا في زوابط  
الاسرة « الاحوال الشخصية » ومسائل قليلة من المعاملات المالية<sup>(١)</sup> .  
ولا شك أن هذا المآل الذي صارت اليه الشريعة يرجع الى عوامل  
وأسباب كثيرة تعاونت وتضافرت فأدت الى هذه النتيجة ، وليس هنا محل  
تبيانها وتفصيلها .

٦ - ومع هذا كله فنحن نعتقد أن المستقبل للشريعة الاسلامية وأن

(١) ويلاحظ هنا أمران : ( الاول ) أن البلاد الاسلامية التي تطبق  
الشريعة الآن هي المملكة العربية السعودية واليمن . ولم يجز فيهما تقنين  
لاحكام الشريعة فما زال مرجع القضاء فيهما الى الفقه الاسلامي وكتبه ، كما  
أنه لم توضع قوانين على أساس الشريعة عدا بعض الانظمة التي أصدرتها  
المملكة العربية السعودية ، مثل نظام الزكاة ونظام الجنسية ونظام الإقامة .  
( الثاني ) أن البلاد التي لا تطبق الشريعة الاسلامية الا في نطاق الاحوال  
الشخصية جعلت الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر قانونها المدني ، ففي  
مصر نص القانون المدني في مادته الاولى على أنه : « اذا لم يوجد نص تشريعي  
يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ  
الشريعة الاسلامية ، فاذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد  
العدالة » . وهذا فضلا عن الاحكام التي استقاها من الشريعة الاسلامية في  
بعض المسائل التفصيلية من ذلك : بيع المريض مرض الموت ، والاهلية  
والشفعة وإيجار الوقف وغيرها . وفي العراق سلك القانون المدني العراقي  
مسلك القانون المدني المصري ، فنص في الفقرة الثانية من المادة الاولى :  
« فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكمت المحكمة بمقتضى العرف  
فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص  
القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة » .  
كما أن بعض الاحكام الواردة في كالشفعة والاهلية وغيرها أخذت من  
الشريعة الاسلامية بمذاهبها المختلفة ومن المجلة ، القانون المدني العراقي  
القديم ، وهي فقه حنفي مقنن . والمطلع على القانون المصري والعراقي  
يجد الأخير أخذ أحكاما من الشريعة الاسلامية أكثر من الاول .

السيادة القانونية ستكون لها في يوم قريب غير بعيد للأسباب الآتية :

( أولا ) ان تطبيق الشريعة الإسلامية يعتبر في نظر المسلمين من الدين وجزء من عقيدتهم ولهذا فهم يحرصون على تطبيق أحكام شريعتهم ويدعون الى ذلك على السنة كتابهم وعلمائهم وقد أخذ يشاركون في هذه الدعوة بعض أولي الرأي والمعيون بالقانون ، وأكبر الظن أن الحكومات ستلبي هذه الرغبة وتستجيب لهذه الدعوة .

( ثانيا ) ان القانون في كل أمة يعتبر جزء من ضميرها ومرآة لآمالها ، وضمانا لعقيدها ومصالحها ، ومستقرا لتقاليدها ومثلها العليا وأفكارها في الحياة ، وما تتطلع اليه وتريده في المستقبل . والقانون الذي يكتب له البقاء وترضى عليه الأمة هو الذي تتحقق فيه هذه المعاني ونحوها . والشريعة الإسلامية هي الوحيدة التي تتحقق فيها هذه المعاني بالنسبة لبلاد الاسلام على الأقل . ومن ثم فمن الطبيعي والمعقول والموافق لمقتضيات الامور ومصلحة الأمة ، ان تكون الشريعة هي قانون هذه البلاد والاساس لكل تقنين فيها .

( ثالثا ) ان الشريعة الإسلامية - بغض النظر عن كونها دينا - صالحة لكل زمان ومكان ، لا تضيق بحاجات الناس وما يستجد من احوالهم وأموالهم ومحقة لمصالحهم المشروعة . وقد تفتن لهذه الحقيقة المعنيون بدراسة القانون وأعلنتها المؤتمرات الدولية كمؤتمر لاهاي للقانون الدولي المقارن المنعقد في سنة ١٩٣٨ حيث قرر المجتمعون من علماء الغرب في القانون أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا من مصادر التشريع العام وانها شريعة حية مرنة قابلة للتطور وانها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها<sup>(١)</sup> . كما قرر مؤتمر المحامين الدولي المنعقد في لاهاي سنة ١٩٤٨ القرار التالي :

« اعترافا بما في التشريع الاسلامي من مرونة وما له من شأن هام ، يجب

(١) محاضرات في تاريخ الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٩ .  
ويلاحظ هنا ان الشريعة الإسلامية وأصولها وأحكامها القطعية لا يمكن ان تتبدل او تتطور ، فالتطور يتناول الاحكام الاجتهادية المبنية على العرف والعادة أو المصلحة المرسله كما سنذكره فيما بعد .

على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا الشريعة  
• والتشجيع عليها ،<sup>(١)</sup> •

ونحن اذ نذكر هذه الشهادة من علماء الغرب لا يعني اننا في شك من  
صلاح شريعتنا أو اننا بحاجة الى شهادة من الغير على هذا الصلاح ، وانما  
نذكره على سبيل الاستئناس • لان صلاح القانون مستمد من ذاته وطبيعة  
أحكامه ونظمه لا من ثناء المثين ولا من مدح المادحين •

٧ - وما يجعل تحقيق ما نتوقه. ونأمله من عودة الشريعة الى سابق  
سيادتها القانونية ، قيام نهضة فقهية لدراسة الشريعة وبيان مبادئها وقواعدها  
وأحكامها ووقائدها بحاجات المجتمع في أسلوب جديد ونهج حديث ولغة  
مستساغة<sup>(٢)</sup> ، ونحن نلمح تبشير هذه النهضة تلوح في الافق وتيسع يوما  
بعد يوم ومن مظاهرها هذا الاتساع الوافر الذي يقدمه العلماء في مصر  
وغيرها من أبحاث في الشريعة وتجلية لمبادئها وأغراضها ومقارنتها مع غيرها  
من الشرائع والقوانين • وكذلك ما نلاحظه من قيام بعض المؤسسات  
الرسمية في المساهمة بهذه النهضة الفقهية ، من ذلك قيام وزارة الاوقاف  
المصرية بتأسيس مجلس أعلى للشؤون الاسلامية من أغراضه : العمل على  
احياء التراث الاسلامي واخراجه اخراجا علميا حتى يسهل الانتفاع به ،  
واخراج موسوعات في مختلف العلوم الاسلامية<sup>(٣)</sup> • وهذا فضلا عن عناية

---

(١) المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية في البلاد السورية  
للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ١٢٩ •

(٢) يقول الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون  
المدني المصري الجديد ص ١٨ هامش ١ : « أما جعل الشريعة الاسلامية هي  
الاساس الاول الذي يبنى عليه تشريعنا المدني فلا يزال أمنية من أعز الاماني  
التي تختلج بها الصدور وتنطوي عليها الجوانح • ولكن قبل أن تصبح هذه  
الامنية حقيقة واقعة ينبغي أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة  
الاسلامية في ضوء القانون المقارن • • • » •

(٣) الفقرة ( د ) و ( ز ) من المادة الخامسة من لائحة المجلس الاعلى  
لشؤون الاسلامية بوزارة الاوقاف المصرية لسنة ١٩٦٠ •

كليات الحقوق والشريعة في بغداد ومصر والشام وغيرها بدراسة الشريعة  
الاسلامية وان كانت هذه الدراسة مقتصرة على بعض نواحيها .

٨ - والطريقة النافعة لدراسة الشريعة هي التي تبدأ بتقديم تمهيد  
عام لها أو مقدمة عامة أي ( مدخل ) كما هو الشأن في دراسة العلوم  
المختلفة . فهناك مدخل لدراسة القانون ومدخل لدراسة الاقتصاد ومدخل  
لدراسة الاجتماع وهكذا ، وهذا ما قرره كليات الحقوق في مصر منذ آمد  
قريب وتبعها كلية الحقوق العراقية منذ ثمان سنوات . والحق أن هذا  
النهج في دراسة الشريعة ذو فائدة كبيرة للطلاب لانه يعطيه فكرة عامة عن  
الشريعة من حيث طبيعتها وخصائصها ومميزاتها كما يجعله يحيط احاطة  
عامة بمصادرها وتاريخ نشوؤها والنظم القانونية التي جاءت بها والادوار التي  
مرت بها حركة التشريع الاسلامي . فاذا ما تم للطلاب ذلك واستوعبه كان  
على بينة من مصطلحاتها وافكار الاساسية فيها وبالتالي سيسهل عليه فهمها  
ولن يجد مشقة ولا كبير عناء اذا ما أراد التوغل في دراسة تفاصيلها .

٩ - وقد رأينا أن نقسم هذا المدخل الى قسمين :

القسم الاول للكلام عن الشريعة الاسلامية وخصائصها ، والفقه  
الاسلامي وتاريخه ومدارسه ومصادره ، ويسبق ذلك بيان حالة العرب  
الاجتماعية والقانونية قبل الاسلام .

القسم الثاني لدراسة بعض النظم القانونية التي جاءت بها الشريعة  
الاسلامية كنظام الملكية أو نظرية الملكية ، ونظام العقد أو نظرية العقد ،  
ونظرية الجريمة والعقوبة .





# القسم الأول

في التعريف بالشريعة  
الاسلامية وخصائضها  
والفقه الاسلامي  
وتاريخه  
ومدارسه  
ومصادره



## الباب الأول

### في التعريف بالشريعة والفقه

• نزل الاسلام في بلاد العرب ومنها انتشر الى انحاء العالم الاخرى .  
وقد كان عند العرب عادات وتقاليد بنوا عليها مجتمعهم ونظموا بها علاقاتهم  
القانونية ، فأقر الاسلام بعض العادات ، وأبطل البعض الآخر . ولهذا  
رأينا من المفيد أن نتكلم بإيجاز عن حالة العرب الاجتماعية والقانونية قبل  
الاسلام لنرى ما أقرت منها الشريعة الاسلامية وما ألغت ، ثم نتكلم بعد  
ذلك في سائر مواضع هذا الباب ، وعلى هذا ستكون فصول هذا الباب على  
النحو التالي :

- الفصل الاول - العرب قبل الاسلام : حالتهم الاجتماعية والقانونية .
- الفصل الثاني - تعريف الشريعة الاسلامية وبيان خصائصها .
- الفصل الثالث - تعريف الفقه الاسلامي وبيان خصائصه .
- الفصل الرابع - علاقة الشريعة الاسلامية بالشرائع السابقة .
- الفصل الخامس - شرح بعض القواعد الكلية في الفقه الاسلامي .

## الفصل الأول

### العرب قبل الاسلام حالتهم الاجتماعية والقانون

١١ - تمهيد :

موطن العرب الاصلي في الاقليم الواقع في الجنوب الغربي من اسيا ، ويحده من الشمال بادية الشام ومن الشرق الخليج العربي وبحر عمان ومن الجنوب المحيط الهندي ومن الغرب البحر الاحمر . وقد سمي هذا الاقليم بجزيرة العرب أو شبه جزيرة العرب نسبة اليهم لانه موطنهم الاصلي كما قلنا ، وقد استوطن بعضهم خارج الجزيرة العربية لا سيما في بادية الشام<sup>(١)</sup> .

وقد ذهب البعض الى أن العرب ومن حولهم يرجعون الى أصل واحد الا أن العرب غلبت عليهم البداوة بينما تحضر من حولهم من سكان الفرات ووادي النيل<sup>(٢)</sup> .

ويرجع المعنيون بالانساب العرب الى شعبين كبيرين ، هم : القحطانيون والعدنانيون . والقحطانيون من نسل قحطان وهم عرب الجنوب ومنهم اليمانيون ، والعدنانيون من نسل اسماعيل بن ابراهيم وهم عرب الشمال

---

(١) فجر الاسلام للاستاذ أحمد أمين ج ١ ص ١ ، الاوضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محمصاني ص ١٤ .  
(٢) فجر الاسلام ج ١ ص ٥ .

ومنهم أهل الحجاز • ومن هذين الشعبين الكبيرين تفرعت سائر القبائل العربية<sup>(١)</sup> •

وقد غلبت على عرب الجنوب الحضارة وحياة الاستقرار ، بينما غلبت على عرب الشمال البداوة وحياة التنقل وعدم الاستقرار ، وقد أشار القرآن الكريم الى بعض ما عند عرب الجنوب من خيرات وزروع وما تستلزمه من حياة مستقرة ، قال تعالى : « لقد كان لسبأ في مسكنهم آية جتان عن يمين وشمال كلوا من رزق ربكم واشكروا له بلدة طيبة ورب غفور »<sup>(٢)</sup> • وقد سميت الفترة التي سبقت النبي الكريم محمد (ص) بالجاهلية ، ونسب اليها العرب في هذه الفترة فقول : عرب الجاهلية<sup>(٣)</sup> •

وستتكلّم فيما يلي عن حالة العرب الاجتماعية قبل الاسلام وأثر الاسلام فيها ، ثم تتكلم عن حالتهم القانونية وأثر الاسلام فيها وذلك في مبحثين متتاليين •

---

(١) فمن قحطان تفرّع شعب كهلان وشعب حمير ، ومن كهلان تفرعت قبائل طي وجذام والازد ، ومن حمير تفرعت قبائل قضاعة وتنوخ وكلب وجهينة • وتفرع من عدنان ربيعة ومضر ، ومن ربيعة تفرعت قبائل أشهرها وائل وأسد ، ومن مضر تفرعت قبائل أشهرها قيس عيلان وتميم وهذيل وكنانة : فجر الاسلام ج ١ ص ٦-١٠ •

(٢) سورة سبأ ، الآية : ١٤ •

(٣) قال الاستاذ أحمد أمين في فجر الاسلام ج ١ ص ٨٦ - ٨٧ : « والجاهلية ليست من الجهل الذي هو ضد العلم ، ولكن من الجهل الذي هو السفه والغضب والانفة ... الى أن قال : فنرى من هذا كله أن كلمة الجاهلية تدل على الخفة والانفة والحمية » والراجع في نظرنا أن كلمة الجاهلية يراد بها ما قاله الاستاذ أحمد أمين ، كما يراد بها أيضا الجهل الذي هو ضد العلم إذا ما قيس عصر الجاهلية بعصر الاسلام ، إذ مما لا ريب فيه أن عرب الجاهلية كانوا على جهل بالشرائع الحقّة والاحكام العادلة والمثل العليا التي جاء بها الاسلام ، فصحح اطلاق لفظ الجاهلية على العصر السابق لعصر النبي (ص) بالمعنيين المذكورين لكلمة الجاهلية .

# المبحث الأول

## حالة العرب الاجتماعية

١٢ - كان العرب قبل الاسلام ، الا القليل منهم ، يعيشون عيشة البداوة وهؤلاء هم البدو . والقليل منهم سكنوا الاصقاع والقرى والمدن المتحضرة كاليمن ويزرب . المدينة ، ومكة وعاشوا عيشة استقرار ، وهؤلاء هم الحضرة . والبدو من العرب سكنوا البادية وألّفوا حياة التنقل والرحيل طلباً للكلا والماء ، وسكنوا بيوت الشعر والخيام واعتمدوا في معيشتهم على ما تنتجه ماشيتهم ، كما اعتمدوا على الغزو كوسيلة من وسائل العيش ، فكانت اقليلة تغير على الاخرى فتغنم الغالبة ما تجد عند المغلوبة من متاع وحيوان وتسبي نساءهم ، وهذه الحياة وعادة الغزو والغارات جعلت البدو أقدر على القتال من الحضرة وأكثر شجاعة منهم<sup>(١)</sup> .

ومن عادات البدو عزوفهم عن التجارة والزراعة والصناعة واحتقارهم لها واعتبارها من المهن الخمسة التي لا تليق بهم ولهذا لم يزاوولوها ، الا أنهم اشتهروا ، كما اشتهر الحضرة ايضا ، بالشعر والخطابة والامثال وسائر فنون اللغة العربية ، وبرواية التاريخ وبرروا في هذا كله واشتهروا به . وكان عندهم شيء من علم النجوم ومعرفة أوقات نزول المطر وهبوب الرياح ، وتعلموا ذلك عن طريق التجربة بسبب أسفارهم وتقلّهم .

١٣ - وبخلاف البدو ، فقد سكن الحضرة المدن كما قلنا ، واستقروا فيها وزاولوا التجارة والزراعة وكانوا أرفق من البدو وأكثر مهارة . وقد أشار القرآن الكريم الى ما اعتادته فرش من الرحلة الى الشام واليمن لغرض التجارة ، قال تعالى : « لا يلاف فرش ابلقهم رحلة الشتاء والصيف فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف »<sup>(٢)</sup> .

(١) مقدمة ابن خلدون ص ١٢٥ .

(٢) سورة قريش الآية ١ - ٤ .

#### ١٤ - اساس نظامهم الاجتماعي وبعض أوصافه :

كان العرب قبائل متفرقة ، وعلى أساس القبيلة وما يترتب عليها من شيوخ العصية القبلية بين أفرادها قام نظامهم الاجتماعي . والقبيلة ليست دولة ولا كيانا سياسيا وانما هي وحدة اجتماعية تقوم على صلة القربى ورابطة الدم ، ويخضع أفرادها خضوعا اختياريا الى رئيسهم بناء على ما تربطه بهم من رابطة النسب ولما كان يشتهر به عادة من الشجاعة والكرم ولولادته في بيت الرياسة .

١٥ - وقد كان من نتائج العصية القبلية تفاخرهم بالانساب وتناصرهم على أشد ما يكون التناصر في الحق والباطل<sup>(١)</sup> ، فاذا ما ارتكب أحد أفراد القبيلة جناية على آخر من قبيلة أخرى هبت قبيلة المجني عليه لنصرته والثأر له من الجاني وقبيلته ، وكذلك تفعل قبيلة الجاني ، تدافع عنه وتخاصم من أجله وان كان هو الظالم الباغي . والتناصر القبلي ما كان يقف عند حد أفراد القبيلة المشتركين في النسب ورابطة الدم ، بل كان يشمل أيضا المحسوبين على القبيلة بسبب التبني أو الحلف والموالة أو بسبب الجوار . أما التبني فقد كان عادة مألوفة عند العرب وكان يتم بعقد بين المتبني والمتبني أو من ينوب عنه ولم تكن له شروط معينة من جهة العمر أو غيرها<sup>(٢)</sup> . أما الحلف والموالة فكان يتم بعقد الموالة أو الحلف بأن يقول أحدهما لصاحبه اذا حالقه : دمي دمك وهدمي هدمك وترثني وأرثك ، فيتماقدان الحلف على أن ينصر كل واحد منهما صاحبه فيدفع عنه ويحميه بحق كان ذلك أو باطلا<sup>(٣)</sup> . أما الجوار فكان يتم بأن يجير رئيس القبيلة أو أحد وجوهها من يأتي اليهم مستجيرا بهم<sup>(٤)</sup> .

١٦ - وكان القتال كثيرا بين القبائل وينشب لاتفه الاسباب كجناية

(١) تفسير المنار للمرحوم رشيد رضا ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٧ ، الاوضاع التشريعية ص ٤٤

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٤) الاوضاع التشريعية ص ٤٥ .

الشرعة الاسلامية (م-٢)

فرد من قبيلة على آخر من قبيلة أخرى فتصور الحرب بين القبيلتين استجابة لداعي العvisية . وساعد على كثرة القتال بين القبائل أن العرف القائم آنذاك أقر الغزو والنهب والسلب واعتبرها أمورا طبيعية وضربا من ضروب الشجاعة كما أقر فيام القبيلة بطلب الثأر لأحد أفرادها من القبيلة الأخرى . كما أن حياة البداوة وشغل العيش وعدم وجود سلطة يخضع لها الجميع ، واتخاذ الغزو وسيلة للعيش ، كل ذلك سهل نشوب القتال بين القبائل وجرا التقوي على أكل الضعيف ، ولهذا لجأت بعض القبائل الى التحالف على السلم والتناحر فيما بينها اذا وقع اعتداء على احداها . ومع ولهم بالقتال فقد كان من تقاليدهم إيقاف حالة الحرب وتحريمها في الأشهر الحرم وهي ذو القعدة وذو الحجة ومحرم ورجب<sup>(١)</sup> .

١٧ - وكثرة الحروب بين القبائل جعل العرب يكبرون شأن الرجل ويستغفرون شأن المرأة ، لان الرجل أقدر على القتال منها ، فهو الذي مباشر الحرب ، ويركب الخيل ويحمل السيف ويرد العدو ويحوز الفية ويدافع عن شرف القبيلة . . وقد ترتب على هذه النظرة للمرأة ان انحطت منزلتها وهضمت حقوقها وحرمت من الميراث ، وحتى شاع بين بعض القبائل وأد البنات وهن في قيد الحياة خوفا من وقوعهن بأيدي العدو سبايا حرب وفي هذا العار الذي لا يحتمل والفضيحة التي تنكس الرأس . . . وقد أشار القرآن الكريم الى هذه العادة القبيحة فقال تعالى : « واذا المؤودة سئلت بأي ذنب قتلت »<sup>(٢)</sup> كما سجل القرآن ما كان يتاب أحدهم من الحزن العميق والحيرة والتردد بين الوأد وبين ابقاء الانثى اذا ولدت امرأته أنثى ولم تلد ذكرا ، قال تعالى : « واذا بشر أحدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم يتوارى من القوم من سوء ما بشر به ، أيمسكه على هون أم يدسه في التراب ألا ساء ما يحكمون »<sup>(٣)</sup> . وكما كان الوأد خوفا من العار فقد كان أيضا للفقر : « مؤود » وبشمل الصغار انما كانوا أو ذكورا ، قال تعالى : « ولا تقتلوا

(١) تاريخ العرب قبل الاسلام للدكتور جواد علي ج ٥ ص ٢٤٢ .

(٢) سورة التكاوير ، الآية ٨ - ٩ .

(٣) سورة النحل ، الآية ٥٨ - ٥٩ .



أولادكم خشية املاق نحن نرزقهم واياكم ان قتلهم كان خطأ كبيرا»<sup>(١)</sup> .  
 ١٨ - وبالرغم مما كان عند العرب من الصفات الذميمة كالغزو ووأد  
 البنات والعصية القبلية ، فقد كانت عندهم صفات حميدة وخلال جميلة ،  
 مثل الكرم والتمجاعة والوفاء وابعاء الضيم والانفة والصدق وحماية الجار  
 والعضو عند المقدرة وغير ذلك<sup>(٢)</sup> . كما كان عندهم اكرام الضيف وقد  
 اعتبروه حقاً للضعيف يجب أن يعطاه وان اهمال هذا الحق أو التقصير فيه  
 أو التفاضي عنه يعد مخالفة قبيحة للعادات والتقاليد القبلية الموروثة<sup>(٣)</sup> .

#### ١٩ - اثر الاسلام في حالتهم الاجتماعية :

ما قدمناه وصف مجمل لحالة العرب الاجتماعية قبل الاسلام ، فلما  
 جاء الاسلام أحدث تغييراً جذرياً في المجتمع العربي ، وأقامه على أساس  
 جديد ، وأزال ما فيه من فساد ، وأبقى ما فيه من خير .  
 فقد دعا الاسلام بقوة ووضوح الى نبذ العصية القبلية واجتثاث جذورها  
 وازالة شرورها ، وقال لهم : « دعوها فانها منتنة »<sup>(٤)</sup> ، وبين لهم أن جعل  
 الناس شعوباً وقبائل إنما هو للتعارف لا للتفاخر ولا للتنصب للجنس أو  
 القبيلة ، وأن قيمة الانسان إنما تكون بالتقوى ، وهي كلمة جامعة تشمل  
 جميع الاعمال الصالحة وفقاً لأوامر الله وحدوده ، قال تعالى : « يا أيها  
 الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم  
 عند الله اتقاكم ان الله عليم خبير »<sup>(٥)</sup> . وقد أكد الرسول (ص) هذا المعنى  
 في خطبه ومواعظه ، وأخبر المسلمين أن الدعوة الى العصية والقتال من  
 أجلها والموت عليها ابتعاد عن الاسلام وخروج عن جماعة المسلمين ، قال  
 عليه الصلاة والسلام : « ليس منا من دعا الى عصية ، وليس منا من قاتل  
 على عصية ، وليس منا من مات على عصية »<sup>(٦)</sup> . وأخبرهم بأن الله تعالى

(١) سورة الاسراء ، الآية ٣١ .

(٢) حياة محمد (ص) تأليف الدكتور محمد حسين هيكمل ص ٧٨ .

(٣) الارضاع التشريعية ، ص ٢٤ .

(٤) من حديث للرسول (ص) ، أنظر تفسير الطبري ج ٢٨ ص ٧٨ .

(٥) سورة الحجرات ، الآية ١٣ .

(٦) الجامع الصغير للسيوطي ، ج ٢ ، ص ٤٠ .

قد أذهب عنهم أوصار الجاهلية ، وأن التفاضل بينهم يكون بمقدار ما عند  
الإنسان من تقوى ولا يكون بالاحساب والاسباب ، فكل البشر يرجعون الى  
آدم ، وآدم خلق من تراب ، فقد جاء في خطبة النبي (ص) في حجة الوداع :  
« أيها الناس ان الله تعالى أذهب عنكم نخوة الجاهلية وفخرها بالاباء ، كلکم  
لآدم ، وآدم من تراب ، ليس لمربي على أعجمي فضل الا بالتقوى » (١) .

والحق أن العصية القبلية والجنس واقامة المجتمع على هذا الاساس  
لا يتفق والاسلام ، لان الاسلام بطبيعته دعوة عالمية جاء الى الناس أجمعين ،  
فيجب أن يقوم المجتمع على أساس يتفق وهذا العموم ، والعقيدة الاسلامية  
هي الاساس المقبول الذي يتفق وعموم الاسلام لانه يسع الناس جميعا  
ولا يضيق بأحد بخلاف الجنس فانه بطبيعته أساس ضيق لا يسع الناس  
جميعا فليس بمقدور انسان أن يكون من الجنس الذي يهواه بعد أن كان  
من جنس آخر سواء ، ولهذا فقد جعلت الشريعة الاسلامية الاسلام هو  
الاساس الذي يقوم عليه المجتمع واعتبرت المسلمين أخوة « انما المؤمنون  
أخوة » (٢) . وفي الحديث الشريف : « ان كل المسم على المسلم حرام ،  
وانما المسلمون أخوة » (٣) . واتخاذ الاسلام اساسا للمجتمع هو الشيء  
المنطقي المقبول لانه أساس مرن يسع جميع الخلق اذ بمقدور كل انسان أن  
يعتق الاسلام فيصير من عداد المجتمع ومن يأبى فانه يبقى عضوا في المجتمع  
الاسلامي ومواطنا في دولة الاسلام ويحمل جنسيتها فينعم بعدل الاسلام  
ورعاية المسلمين ويكون له ما لهم من الحقوق وعليه ما عليهم من الواجبات  
الا ما قام على العقيدة أو استلزم العقيدة الاسلامية (٤) .

٢٠ - وقد ترتب على هدم العصية القبلية زوال التناصر بالباطل بين  
أفراد القبيلة لان الاسلام حرم التعاون على الباطل والبني ، قال تعالى :

(١) امتاع الاسماع للمقريري ص ٥٢٣

(٢) سورة الحجرات الآية ١٠ .

(٣) المقريري ص ٥٣٢ .

(٤) كتابنا أحكام الفمين والمستأمنين في دار الاسلام

ص ٧٠ - ٢٠٠ ، ٦٣٤ .

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »<sup>(١)</sup> . وبعد أن كان الشعار في الجاهلية : « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » بمعنى أن القبيلة تقف الى جانب أي فرد منها في الحق والباطل وحتى لو كان ظالماً وتدافع عنه وتقاتل معه ، صار الشعار في الاسلام ، كما جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » قيل انصره ان كان مظلوماً فكيف أنصره ظالماً ؟ قال تحجزه عن الظلم فان ذلك نصره »<sup>(٢)</sup> . وبعد أن كان التفاخر بالانساب جعل الاسلام بدله التنافس في عمل الخير . قال تعالى مشيراً الى عمل الخير وما يؤول اليه أمره في الآخرة : « وفي ذلك فليتنافس المتنافسون »<sup>(٣)</sup> .

ومع هذا فقد أبقي الاسلام التعاون والتناصر بين أفراد القبيلة في الخير ومن مظاهر هذا التعاون ما أوجبه الشريعة الاسلامية من وجوب الدية في القتل الخطأ على عصبة الجاني من رجال قبيلته<sup>(٤)</sup> . كما أبقي الاسلام التحالف الذي كان يجري بين القبائل اذا كان على نصر المظلوم وأبطل التحالف على عون الظالم ، ولهذا مدح النبي (ص) حلف الفضول الذي جرى في الجاهلية وقد حضره النبي (ص) قبل النبوة ، فقد اجتمعت في هذا الحلف بطون قريش مثل تميم وهاشم وزهرة في دار عبدالله بن جدعان وتحالفوا على رد المظالم في مكة ، وقال النبي (ص) في هذا التحالف : « ما أحب أن لي بحلف حضرته حمر النعم في دار ابن جدعان » تحالفوا أن يكونوا مع المظلوم ما بل بحر صوفه ، ولو دعيت الى مثله في الاسلام لأجبت »<sup>(٥)</sup> .

٢١ - وأبطل الاسلام في عادة النهب والسلب وشن الغارات والاعتداء على

(١) سورة المائدة ، الآية ٢ .

(٢) تيسير الوصول ج ٣ ص ٢٨ .

(٣) سورة المطففين : الآية ٣٦ .

(٤) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٢٧٦-٢٧٧

والعصبة أقارب الرجل الذكور من أبيه .

(٥) الجصاص ج ٢ ص ٢٩٤ ، امتاع الاسماع ج ١ ص ١١ .

الآخرين ، فقد جاء في القرآن الكريم « ولا تقسدوا ان الله لا يحب المعتدين ، فأمن الضعيف شر القوى وبغيه .. كما أبطل الاسلام التبني ، كما سنذكره فيما بعد .

٢٢ - وأنكر الاسلام عادة وأد البنات وحرمها واعتبرها بحق من سميء العادات ، فالأشئ كالذكر أهل لان يصدر عنها الخير والفعل الجميل ومن ثم فهي جديرة بالاكرام والعناية . وهي كالرجل ، مخاطبة بالاحكام ومكلفة بما كلف به الرجل ، فقد أمرتها الشريعة الاسلامية بالايمان والمعرفة والاعمال اله الحجة والعبادات والمعاملات كما أمرت الرجل بهذه الامور ، وقد بايع النبي (ص) المؤمنين ، كما بايع المؤمنين . وهكذا رفع الاسلام قدر المرأة فلم تعد ذلك المخلوق الذي تستصغره العين ويزدرية المجتمع ، وجعل لها من الحقوق مثل ما للرجل الا في حق واحد وهو حق رياسة الاسرة ، فقد جاء في القرآن الكريم : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة »<sup>(١)</sup> . فالحقوق بين الزوجين متبادلة وما من حق على المرأة للرجل الا ويقابله حق من جنسه على الرجل للمرأة<sup>(٢)</sup> . وأما رياسة الاسرة التي اوتيتها الرجل وعبر عنها القرآن الكريم « وللرجال عليهن درجة » ، وبقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء » ، فان هذه الرياسة وما تستلزمه من الانفاق على الاسرة والعناية بها وطاعة الزوجة لزوجها ، أقول ان هذه الرياسة أمر طبيعي لا غرابة فيه لان الحياة الزوجية حياة اجتماعية وشركة هي من أخص علاقات الانسان بغيره ، والاصل فيها أن تكون دائمة مدى الحياة ، وكل شركة أو اجتماع لا بد له من رئيس يكون المرجع في حسم الخلاف لئلا تختل الشركة وتتفصل عرى الاجتماع ، والرجل أحق بهذه الرياسة من المرأة لما أوتي من قوة بدنية وخبرة اكتسبها من معاملاته وتجاربه ، هي أكثر مما عند المرأة عادة ، فضلا عن تكليفه

(١) سورة البقرة ، من الآية ٢٢٨ .

(٢) تفسير المنار للاستاذ محمد رشيد رضا رحمه الله ج ٢ ص ٣٢٧

بالانفاق على البيت دون المرأة • وأيضا فان هذه الرياسة مبنية على المودة والرحمة والمعاملة الحسنة ، قال تعالى : ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة<sup>(١)</sup> وقوله تعالى «وعاشروهن بالمعروف»<sup>(٢)</sup> فهكذا رياسة تقوم على المودة والرحمة والمعاشرة الحسنة لا تكون رياسة خشنة مكروهة ثقيلة على النفس ، بل تكون رياسة خفيفة على النفس مقبولة مرضية ، ومن أجل هذا كله فان مبدأ رياسة الرجل للأسرة • موجود ويطبق الآن في جميع الشرائع الدينية والعلمانية باسم السلطة الزوجية ،<sup>(٣)</sup> .

٢٣ - وقد أقر الاسلام ما عند عرب الجاهلية من كريم الصفات وجميل الخلال مثل الوفاء بالعهد والصدق ورعاية الجار والشجاعة والكرم ، بعد أن شذب بعضها ، فالشجاعة محمودة اذا كانت في سبيل الحق واعداء كلمة الله ، لا في سبيل طلب العلو في الارض ونشر الفساد فيها بالاعتداء على الآخرين ، والكرم محمود ما دام في محله لا لطلب السمعة والرياء • وأقر الاسلام عادة اكرام الضيف وجعل هذا الاكرام حقا للضيف على المضيف ، فقد جاء في الحديث الشريف : « ليلة الضيف حق على كل مسلم » فمن أصبح بفنائهم فهو عليه دين ان شاء اقتضى وان شاء ترك ،<sup>(٤)</sup> • وفي حديث آخر عن عقبة بن عامر ، قال : قلت لرسول الله (ص) انك تبعنا فنزل يقوم لا يقرونا فما ترى ؟ فقال : اذا نزلتم يقوم فان أمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا والا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم ،<sup>(٥)</sup> .

(١) سورة الروم ، الآية ٢١ •

(٢) سورة النساء ، الآية ١٩ •

(٣) مقدمة في احياء علوم الشريعة الاسلامية للدكتور صبحي محمصاني ص ٢٠٨ ، وقد جاء في نفس هذه الصحيفة : « فملكة الانكليز نفسها عندما تزوجت سالها الكاهن : هل تطيعين زوجك ؟ فأجابت نعم ، وذلك قبل أن يكللها بالزواج الديني » •

(٤) تيسير الوصول ج ٤ ص ٥٢ •

(٥) تيسير الوصول ج ٤ ص ٥٣ •

٢٤ - ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الشريعة الإسلامية ، أبقت  
من عادات عرب الجاهلية ما كان صالحا منها ومتفقا مع مبادئها وأهدافها ،  
وألفت ما كان فاسدا منها ولا يتفق مع مثلها ومبادئها ، فأعطت للصالح  
حقه من الإبقاء ، كما أعطت للفاسد حقه من الالغاء •

## المبحث الثاني

### الحالة القانونية عند العرب

تمهيد :

٢٥ - قلنا في مقدمة الكتاب ان القانون ضروري للمجتمع ، كما ان المجتمع ضروري للانسان ، ولهذا لم يخل مجتمع من قواعد قانونية على نحو ما تنظم علاقات الافراد فيما بينهم ، وقد تكون هذه القواعد عبارة عن عادات وأعراف وتقاليد تدير أمور الناس بمقتضاها ويتحاكمون اليها عند الخصام والنزاع . وهذا ما كان عند العرب في الجاهلية ، فما كانت عندهم حكومة أو سلطة تتولى التشريع ، وانما كانت عندهم عادات وأعراف وتقاليد تكون ما يمكن تسميته بالقانون الجاهلي . كما لم تكن عند العرب سلطة قضائية يترافعون اليها في منازعاتهم ، وانما كانوا يرجعون الى شيخ القبيلة أو الى الكهان<sup>(١)</sup> . وما كان واحد من هؤلاء يقضي بقانون مكتوب وانما يقضي بما يعرفه من عادات القوم واعرافهم الذين يعيش فيما بينهم . كما أن المتخاصمين ما كانوا ملزمين بالرجوع الى من ذكرنا وانما يرجعون اليهم براضيتهم ، واذا ما أصدروا حكما فقد لا يطيعه المحكوم عليه ولاشيء عليه سوى ما قد يتعرض له من نقمة قبيلته أو غضب من يهيمه تنفيذ هذا الحكم . فحكم هؤلاء الحكمين يعتمد في تنفيذه على ما يتمتع به المحكم من سلطة أدبية وعلى مدى احترام المحكوم عليه له<sup>(٢)</sup> .

وقد تعرضت الشريعة الاسلامية للقانون الجاهلي المبني على عاداتهم وأعرافهم ، فأقرت بعض هذه العادات وعدلت بعضها كما ألفت البعض

(١) الاسرة في الشرع الاسلامي للدكتور عمر فروخ ص ٣٧

(٢) فجر الاسلام ج ١ ص ٢٧٤-٢٧٧ .

الآخر • ونذكر فيما يلي بعض ما كان عند العرب من أوضاع قانونية وما أبقته الشريعة الإسلامية منها وما أنكرته أو عدلته •

## أولا - في قانون الاسرة

أولا - النكاح وبعض ما يتعلق به :

٢٦ - عرف عرب الجاهلية أنواعا من النكاح ، منها نكاح الناس اليوم • يخطب الرجل الى الرجل وليته أو بنته فيصدقها ثم ينكحها ،<sup>(١)</sup> • وقد أقر الاسلام هذا النوع من النكاح ووضح له حدودا وأصولا • وهناك أنكحة فاسدة أنكرتها الشريعة الإسلامية ولم تقر العرب عليها ومن هذه الانكحة الفاسدة :

٢٧ - نكاح الشغار : وهو ان يزوج الرجل ابنته أو من تحت ولايته لآخر على أن يزوجه هذا الاخير بنته أو من تحت ولايته وليس بينهما صداق<sup>(٢)</sup> ، أي لا يدفع أحدهما مهرا للآخر ، بل تعتبر كل من الزوجتين مهرا للآخرى • وقد نهى الاسلام عن هذا النوع من النكاح ، فقد جاء في الحديث الشريف : « نهى رسول الله (ص) عن الشغار » وفي حديث آخر « لا شغار في الاسلام »<sup>(٣)</sup> •

٢٨ - نكاح المقت : هو زواج الابن امرأة أبيه بعد وفاته ان لم تكن أمه ، وقد كان هذا من عادة الجاهلية ، فاذا ما توفي الرجل عن زوجة وكان له ابن من غيرها فلهذا الابن أن يتزوجها بلا مهر ودون توقف على رضاها كما كان له أن يزوجه من يشاء ويأخذ مهرها ، أو يمتنع من تزويجها حتى تموت فيرتها • وكان هذا النكاح شائعا معروفا عند عرب

---

(١) من حديث أخرجه البخاري ، أنظر نيل الاوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٥٨ •

(٢) سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ١٦١ •

(٣) نيل الاوطار ج ٥ ص ١٤٠ •



الجاهلية<sup>(١)</sup> . فاذا لم يرغب الابن فيها انتقل حقه الى أخوته او الى سائر  
العصبات الاقرب فالأقرب<sup>(٢)</sup> ، وقد أبطل الاسلام هذا النكاح المقيت وما  
يتعلق به ، فقد جاء في القرآن الكريم : ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من  
النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ،<sup>(٣)</sup> يا أيها الذين  
آمنوا لا يحل لكم ان ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض  
ما آتينهمن ،<sup>(٤)</sup> .

٢٩ - الجمع بين الاختين ، وتعدد الزوجات : وكان من عاداتهم ان  
يتزوجوا الاختين فنهاهم الاسلام عن ذلك ، جاء في القرآن في سياق تعداد  
المحرمات : وان تجمعوا بين الاختين ، . كما ان تعدد الزوجات بلا حد كان  
مألوما عندهم ، جاء في الحديث الشريف ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم  
وله عشر نسوة تزوجهن في الجاهلية فاسلمن معه ، فأمره النبي (ص) ان  
يختار اربعا منهن ويفارق الباقيات<sup>(٥)</sup> . وقد أقرت الشريعة الاسلامية مبدأ  
التعدد واجازته الى حد أربع زوجات وجعلت هذا التعدد مباحا عند الحاجة  
وأمن الجور في المعاملة ، والا فواحدة اذا خاف الزوج من عدم القدرة على  
العدل والقيام بحقوق الزوجية ، قال تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء  
مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت ايما نكم ذلك  
أدنى ان لا تعولوا ، وقد فسر الشافعي : أن لا تعولوا ، أي لئلا يكثر  
عيالكم فلا تستطيعون رعايتهم<sup>(٦)</sup> .

٣٠ - المحرمات من النساء في النكاح : كان عند العرب تحريم الامهات

- 
- (١) الجصاص ج ١ ص ١٠٦ ، ٢٠٢ ، تفسير المنار ج ٤ ص ٤٦٤ .
  - (٢) الاوضاع التشريعية ، ص ٥٤ .
  - (٣) سورة النساء ، الآية ٣٢ .
  - (٤) سورة النساء ، الآية ١٩ .
  - (٥) سبل الاسلام للصنعاني ج ٣ ص ١٧٥ ، نيل الاوطار للشوكاني  
ج ٥ ص ١٦٠ .
  - (٦) سورة النساء ، الآية ٣ .
  - (٧) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره لاستاذنا محمد سلام مذكور  
ص ٣٣ .

والبنات والعصات والخالات ، فيحرم على الرجل نكاح أمه أو بنته أو عمته أو خالته ، كما كان يحرم على المرأة نكاح أحد أصولها أو فروعها أو أخوالها أو أعمامها ، كما جعلوا التبني مانعا من الزواج ، كالبنوة الحقيقية<sup>(١)</sup> . وقد أقر الاسلام تحريم الامهات ونحوهن وبين من يحرم نكاحهن ، كما أبطل التبني وما ترتب عليه من اعتباره كمناع من موانع الزواج ، قال تعالى في ابطال التبني : « وما جعل أدياءكم أبناءكم » وقال تعالى في بيان المحرمات : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف » .<sup>(٢)</sup> .

### ٣١ - المهر :

كان الرجل في الجاهلية اذا زوج موليته أخذ مهرها ، فنهاهم الاسلام عن ذلك ، قال تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وقد فسر البعض هذه الآية بأنها خطاب لاولياء المرأة بأن لا يجسوا عنها المهر اذا قبضوه ، لان المهر من حق المرأة ولا حق للولي فيه ، كما تضمنت هذه الآية ، على ما قاله البعض ، أن على الزوج أن يعطيها المهر بطيبة من نفسه وهذه بعض معاني كلمة نحلة<sup>(٣)</sup> . كما أن قول الله : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » يدل على أن الرجل يدفع المهر للمرأة وهو حق لها على الزوج<sup>(٤)</sup> .

### ثانيا - فرق النكاح :

#### ٣٢ - فرق النكاح هي ما تنحل به عقد النكاح فينقطع بها ما بين

- (١) الاوضاع التشريعية ص ٥٣ .
- (٢) سورة النساء ، الآية ٢٣
- (٣) الجصاص ج ٢ ص ٥٧ .
- (٤) تاريخ التشريع للخضري ص ٧٨ .

الزوجين من علاقة زوجية<sup>(١)</sup> . ونذكر فيما يلي بعض هذه الفرق التي كانت عند العرب وما طرأ عليها بعد الاسلام .

### ٣٣ - الطلاق :

الطلاق في الشريعة الاسلامية حل الرابطة الزوجية بألفاظ مخصوصه<sup>(٢)</sup> وقد عرف عرب الجاهلية الطلاق ولكن لم يكن له عندهم عدد محدود<sup>(٣)</sup> ، فكان للزوج أن يطلق زوجته ثم يراجعها في العدة وهكذا يفعل مرات عديدة ، وبهذا الأسلوب من الطلاق كان الرجل يستطيع أن يضار زوجته فيجعلها كالمعلقة لا يفارقها لتكح زوجا غيره ولا يقوم بحقها كزوجة له ، بل كان للمطلق أن يمنع مطلقة من الزواج حتى بعد انقضاء عدتها .

٣٤ - وجاءت الشريعة الاسلامية ، فأقرت مبدأ الطلاق ولكن لم تجعله بلا حد كما كان عليه الحال في الجاهلية ، فجعلت حق الزوج في الطلاق ثلاث تطبيقات وبتمامها تم الفرقة بين الزوجين ، قال تعالى : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان »<sup>(٤)</sup> وقوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد تكح زوجا غيره »<sup>(٥)</sup> . فالزوج له أن يطلق زوجته وله أن يراجعها في العدة ان كان الطلاق رجعا وهكذا يفعل في التليقة الثانية فان طلقها الثالثة وقمت الفرقة بينهما فلا تحل له من بعد هذا الا بعقد جديد بعد أن تكح زوجا غيره ويفارقها بطلاق أو بموت . فهذا التنظيم للطلاق في امشريعة الاسلامية تنظيم بديع ودقيق يتسم بالواقعية ويحرص جهد الامكان على بقاء الرابطة الزوجية ويعطي فرصة كافية للزوج المطلق للرجوع عن طلاقه اذا كان طلاقه جاء بلا روية ولا تدبر . فالشريعة الاسلامية تحرص على بقاء الرابطة الزوجية وتكره الطلاق ولكن تعترف به وتقره كوسيلة

- 
- (١) محاضرات عن فرق الزواج للاستاذ علي الخفيف ص ١ .  
(٢) شرح العناية على الهداية ج ٣ ص ٢٠ ، فتح القدير ج ٣ ص ٢١ .  
(٣) تفسير المنار ج ٢ ص ٤٠٢ .  
(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٢٩ .  
(٥) سورة البقرة ، الآية ٢٣٠ .

نحسم الخلاف بين زوجين لم يعد بالامكان الاستمرار على حياتهما الزوجية .  
فاذا وقع الطلاق جاز للمرأة أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ولا يحق للزوج  
أن يمنعها من الزواج وبهذا ألغى الاسلام عادة الجاهلية التي تعطي للمطلق  
الحق في منع مطلقة من الزواج ، قال تعالى : « واذا طلقتم النساء فبلغن  
أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف » (١) .

٣٥ - الخلع : عرف العرب الخلع كوسيلة من وسائل حل الرابطة  
الزوجية ، ومعناه أن الزوجة أو أهلها يدفعون الى الزوج مقدارا من المال  
نظير أن يطلقها الزوج (٢) . فالخلع اذن فرقة بين الزوجين برضاها مقابل  
مقدار من المال تدفعه الزوجة أو أهلها الى الزوج . وقد أقر الاسلام الخلع  
وبين الفقهاء شروطه وما يتعلق به (٣) .

٣٦ - الايلاء : وهو في اللغة الحلف ، وفي الاصطلاح الفقهي الحلف  
الواقع من الزوج أن لا يظأ زوجته . وكان الايلاء عندهم طلاقا يقع بعد  
اتهاء مدة الايلاء وهي عندهم سنة وربما جعلوها سنتين . وقد أقر الاسلام  
الايلاء ولكن وقت له أربعة أشهر اذا مضت دون أن يقرب الزوج زوجته ،  
وقعت الفرقة بينهما بتطليقة بائنة عند بعض الفقهاء ، وبتطليقة رجعية عند  
البعض الآخر (٤) .

٣٧ - الظهار : كان الظهار عندهم بمنزلة الطلاق (٥) وهو أن يقول  
الزوج لزوجته أنت علي كظهر أمي (٦) . وقد أبطل الاسلام اعتبار الظهار  
طلاقا وأوجب فيه الكفارة ، فلا يحق للزوج أن يمس زوجته ويقربها الا بعد  
أن يقوم بهذه الكفارة ، قال تعالى في القرآن الكريم : الذين يظاهرون منكم  
من نسائهم ما هن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٣٢ .

(٢) فرق الزواج لاستاذنا علي الخفيف ص ١٣٢ .

(٣) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٣٩٠ .

(٤) الجصاص ج ١ ص ٣٥٧ ، نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٥٧-٢٥٨ .

(٥) الجصاص ج ٣ ص ٤١٧ .

(٦) تاريخ التشريع للخضري ص ٨٣ .

من القول وزورا وان الله لعفو غفور • والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم بوعظون به والله بما تعملون خبير • فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فإطعام سجين مسكينا • • • • • (١) •

٣٨ - آثار الفرقة : من آثار الفرقة العدة ، وهي مدة تتربصها المرأة عنب وفوق سبب من أسباب الفرقة ، فيمتنع على المرأة أن تتزوج بغير زوجها حتى تنقضي هذه المدة (٢) • والحكمة منها التأكد من براءة الرحم منعاً من اختلاط الانساب • وقد عرف العرب العدة، فقد كان من عاداتهم أن المرأة اذا فارقت زوجها بطلاق أو بموت لزمته العدة ، وكانوا يجعلون عدة الوفاة سنة كاملة (٣) • وقد أقرت الشريعة الاسلامية نظام العدة وبينت مقاديرها بصورة مضبوطة بالنسبة لمختلف النساء ، فجعلتها ثلاثة قروء بالنسبة لذوات الحيض (٤) وثلاثة أشهر بالنسبة للمرأة التي لا تحيض لكبر سننها أو لصغرها ، وأربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفى عنها زوجها ، ووضع الحمل بالنسبة للحامل ، ولا عدة على المرأة قبل الدخول بها •

### ثالثا - الوصية والميراث :

#### ٣٩ - الوصية :

الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت (٥) • وقد عرف العرب هذا التصرف القانوني ، وكانوا يجيزون الوصية للوارث وغيره ، ودون تحديد لمقدارها ، وقد أقر الاسلام مبدأ الوصية وجعلها في حدود ثلث تركة الموصي وما زاد على الثلث موقوف على اجازة الورثة ، كما أجازها بالنسبة لغير

(١) سورة المجادلة . الآية ٢-٤ •

(٢) فرق الزواج ص ٣٢٧-٣٢٨ •

(٣) الاوضاع التشريعية ص ٦٠ •

(٤) ثلاثة قروء ، أي ثلاث حيض أو ثلاثة أطهار على اختلاف بين

المفسرين •

(٥) الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٨ •

الورثة وجعلها نافذة ، أما بالنسبة للوارث فقد جعلها موقوفة على اجازة بقية الورثة<sup>(١)</sup> .

#### ٤٠ - الميراث :

الارث من أسباب نقل الملكية فتنتقل الاموال والحقوق المالية من المورث بعد موته الى ورثته بطريق الخلافة بحكم الشرع بعد ايفاء الحقوق المتعلقة بركة الميت<sup>(٢)</sup> . وقد عرف العرب الارث كسبب من أسباب الملكية ، وكانوا يتوارثون بشيئين : النسب ، والسبب . والذين يستحقون الميراث بالنسب أي بالقرابة هم الابناء الكبار الذين يقاتلون على الخيل ويحملون السيوف ويحوزون الغنيمة ، وكانوا يعطون الميراث الاكبر فالاكبر ، على ما ذكره الامام الطبري في تفسيره ، فان لم يوجد أحد من الابناء كان المستحق أقرب أولياء المتوفى من العصة كالاخ والمم ونحوهما . وما كانوا يورثون النساء ولا الصغار ذكورا كانوا أو أنثا . أما التوارث بالسبب فيتضمن التوارث بسبب التبني والحلف والمعاقدة . فلما جاء الاسلام تركهم برهة من الدهر على عوائدهم في الميراث ثم نسخ الميراث بالتبني . قال تعالى : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم »<sup>(٣)</sup> . « ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آبائهم فاخوانكم في الدين ومواليكم »<sup>(٤)</sup> . ثم جعل الاسلام في أول الامر التوارث بسبب الهجرة ، فالمهاجرون من مكة الى المدينة يتوارثون فيما بينهم ، وكذلك جعل الاسلام الاخوة التي آخى بها رسول الله (ص) بين المهاجرين والانصار سببا من أسباب الميراث ثم نسخ الاسلام الهجرة والمؤاخاة كسببين من أسباب الميراث . قال تعالى : « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين »<sup>(٥)</sup> فصار الميراث في الشريعة الاسلامية

(١) الحصاص ج ١ ص ١٦٤ وما بعدها ، الاوضاع التشريعية ص ٦٨

(٢) كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٥١٧ .

(٣) سورة الاحزاب ، الآية ٤ .

(٤) سورة الاحزاب ، الآية ٥ .

(٥) سورة الاحزاب ، الآية ٦ .

بسبب القرابة على النحو المفصل في كتاب الله وسنة رسوله ، وحسب السهام التي أقرتها الشريعة الإسلامية لهم ، وقد دخل في هذا التنظيم الاناث ، والصغار ، فالمرأة ترث والصغير يرث وبهذا ألغى نظام الجاهلية الظالم الذي حرم المرأة والصغار من الميراث . واعتبرت الشريعة الإسلامية أيضا الزوجية سببا من أسباب الارث فالزوجان يتوارثان بسبب الزوجية ، وكذلك جعلت الشريعة ولاء العتاقة سببا للميراث فالعتق يرث عتيقه ، أما الارث بالحلف والموالات فمنسوخ عند جمهور الفقهاء ، وثابت عند بعضهم غير منسوخ<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ ان ما جرى عليه عرب الجاهلية من حرمان النساء مطلقا والصغار من الذكور من الميراث كان يتفق والنظام الاجتماعي عندهم ، فقد اعتبروا الغارة والغزو من أهم أسباب كسب المال ولا يقوى على ذلك الا الرجال فكان من المعقول في نظرهم أن يخصوهم بالميراث دون النساء والصغار ، وفاتهم ان العدالة والمعقول أن يحصل الصغار والنساء شيئا من الميراث لحاجتهم الى العون المادي ولان المال قد يكتسب بنمير سبب الغزوات والسلب<sup>(٢)</sup> ، فجاء الاسلام وأرجع الامور الى نصابها وأعطى كل ذي حق حقه ، وأزال الحيف والظلم عن النساء والصغار فأشركهم في الميراث .

## ثانيا - في المعاملات

٤١ - عرف العرب قبل الاسلام أنواع المعاملات كالشركة والمضاربة والرهن والبيع ونحو ذلك ، ونذكر فيما يلي بعض الآثار الدالة على معرفتهم لبعض عقود المعاملات ونذكر ما أقر الاسلام منها وما أبطل .

١ - عقد الشركة : كان معروفا عندهم ، يدل على ذلك ما جاء في السيرة النبوية : « وكان - أي الرسول محمد (ص) - قبل بعثته يشارك السائب بن أبي السائب ، فلما كان يوم الفتح - أي فتح مكة - جاءه فقال عليه السلام :

(١) تفسير الطبري ج ٨ ص ٣٢ ، الجصاص ج ٢ ص ٧٣ - ٧٧ ، تفسير القرطبي ج ٥ ص ٧٩ .

(٢) الشركة والميراث في الاسلام للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٤

الشريعة الإسلامية (م-٣)

« مرجبا بأخي وشريكه كان لا يدارى ولا يمارى »<sup>(١)</sup> . وقد أقر الإسلام عقد الشركة ووضح الفقهاء شروط هذا العقد وآثاره .

٢ - عقد المضاربة : ويسمى أيضا بالقراض . ومعناه أن يقدم ذوالمال ماله الى من يتجر به على جزء معين من الربح . وكان هذا العقد معروفا عند العرب وشائعا عند قريش ، فقد كان أهل مكة يقدمون مالهم مضاربة لمن يتجر به وكان لقريش رحلتان تجاريتان كبيرتان الاولى الى اليمن في الشتاء والثانية الى الشام في الصيف ، وقد أشار القرآن الى هذا . وقد أقر الإسلام عقد المضاربة<sup>(٢)</sup> .

٣ - وعرفوا عقد السلم وأقرهم الإسلام عليه ، فقد جاء في الحديث الشريف عن ابن عباس ، قال : قدم النبي (ص) المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين ، فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم ، والسلم بيع معدوم وقت العقد على أن يسلمه البائع فيما بعد في وقت معين<sup>(٣)</sup> .

٤ - القرض والربا : وعرفوا عقد القرض ، وكانوا يجرونه بالربا ، فكانوا يتدأبنون الى أجل بزيادة مشروطة فكانت الزيادة بدلا من الاجل ، واذا ما حل وقت الاداء قال الدائن للمدين أد أو أرب ، فان لم يؤد زاد الدائن شيئا على الدين وهكذا يتضاعف الدين على المدين ، فحرم الإسلام هذا كله ونهاهم عن الربا بجميع أنواعه<sup>(٤)</sup> ، قال تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا »<sup>(٥)</sup> . « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون »<sup>(٦)</sup> . وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا

(١) امتناع الاسماع للمقريري ص ٨-٩ ومعنى لا يدارى ، أي لا يخاصم .

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ج ٣ ص ٣٤٦ .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٢٦ .

(٤) الجصاص ج ١ ص ٤٦٤ ، تاريخ التشريع الاسلامي للخضري

ص ٥٠ .

(٥) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥ .

(٦) سورة آل عمران ، الآية ١٣٠ .



الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين • فمن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تتم فلکم رؤوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون» (١) • وأكد الرسول (ص) تحريم الربا في خطبة حجة الوداع ، فقد جاء فيها : • ... ألا ان كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع • • وربا الجاهلية موضوع كله وأول ربا أضمه ربا عباس بن عبدالمطلب » (٢) • وهكذا أزلت الشريعة الاسلامية عادة الربا وطهرت المجتمع من فساده ، لانه لا يتفق وما يجب أن يقوم عليه المجتمع من تعاون وتضامن وترفع عن استغلال حاجة المحتاجين •

٥ - الرهن : وعرفوا عقد الرهن الحيازي ، وكان عندهم يجوز أن يملك المرتهن المرهون اذا حل أجل الدين ولم يدفعه المدين ( الراهن ) • ويتم هذا التملك بالشرط عند الرهن أو بناء على العرف الجاري ، وقد نهى الاسلام عن هذا فقد جاء في الحديث « لا يفلق الرهن » أي لا يملكه المرتهن اذا لم يسدد الراهن الدين في ميعاده (٣) •

٦ - البيوع : وعرفوا أنواعا من البيوع ، فأقرهم الاسلام على البيوع الصحيحة القائمة على التراضي ، وأبطل منها ما يخالف قاعدة التراضي أو ما فيه غرر أو أكل مال الغير بالباطل • فمن هذه البيوع التي أبطلها الاسلام : أ - بيع المنابذة والملاسة وبيع الحصة : وهذه بیاعات كان أهل الجاهلية يتعاملون بها ، فكان أحدهم اذا لمس السلعة أو القى الثوب الى صاحبه أو وضع عليه حصة وجب البيع ، فكان وقوع الملك متعلقا بغير الايجاب والقبول ، أي بفعل آخر يفعله أحدهما فأبطله الاسلام ، فقد جاء في الحديث الشريف أن النبي (ص) نهى عن بيع الحصة وعن الملاسة والمنابذة في البيع (٤) • وقال البعض في تفسير بيع الحصة هو أن يقول بعثك من هذه الاثواب ما وقعت عليه هذه الحصة ويرميها ، أو من هذه الارض

(١) سورة البقرة الآيات ٢٧٨ ، ٢٧٩ •

(٢) امتناع الاسماع للمقريري ج ١ ص ٥٢٢ - ٥٢٣ •

(٣) الجصاص ج ١ ص ٥٢٨ •

(٤) الجصاص ج ١ ص ٥٣٠ •

ما انتهت اليه في الرمي • وبيع الملامسة هو أن يقول الرجل للرجل أبيعك ثوبي بثوبي ولا ينتظر أحد منهما الى ثوب الآخر ولكن يلمسه لمسا • والمنابذة أن يقول أنبذ ما معي وتبذ ما معك فيشتري كل واحد منهما من الآخر ولا يدري كم مع الآخر<sup>(١)</sup> •

ب - بيع النجش : وكان مألوفاً عندهم ، ومعناه ، على ما فسرہ الشافعي ، أن يحضر الرجل السلعة تباع فيعطى بها ثمنها وهو لا يريد شراءها ليقنطري به السوام فيدفعون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه • ويقع النجش بموطأة البائع وقد يقع بضير علمه ، فنهى النبي (ص) عن ذلك ، فقد جاء في الحديث : نهى النبي (ص) عن النجش<sup>(٢)</sup> •

ج - بيع المدين : أجاز العرف الجاهلي أن يبيع الدائن مدينه استيفاء للدين اذا لم يسدد المدين الدين في ميعاده ، فجاء الاسلام وحرم هذه العادة لان الدين يتعلق بذمة المدين ويستحق الدائن بهذا التعلق المطالبة ولا سلطان له على المدين بالبيع ونحوه<sup>(٣)</sup> •

### ثالثا - القصاص والديات

٤٢ - كان القصاص من الجاني معروفاً عند العرب ، ولكنهم ما كانوا يقفون عند حد القصاص من الجاني نفسه ، بل يتجاوزون بذلك الى جمع أفراد القبيلة ، فكانت قبيلة الجاني ، في نظرهم ، مسؤولة عن جريمته • فجاء الاسلام وحدد المسؤولية وقصرها على الجاني نفسه ، فعليه يجب القصاص دون غيره قال تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » ، وبهذا أقر الاسلام مبدأين ، الاول القصاص ، والثاني قصره على الجاني وحده ، وبين الحكمة من تشريع القصاص ، بأن فيه حقنا للدماء وردعا للمجرمين « ولكم في القصاص حياة يا أولي الالباب لعلكم تتقون » • وكان ولي المجني

(١) نيل الاوطار ج ٥ ص ١٤٧ ، ١٥٠ •

(٢) نيل الاوطار ج ٥ ص ١٦٦ •

(٣) الاوضاع التشريعية ص ٦١ •

عليه ( القتل ) هو صاحب الحق في المطالبة بالقصاص من الجاني ، فأقر  
الاسلام هذا النظام العربي القديم وأبقى اذ جعل الولاية في طلب القصاص  
لولي المقتول<sup>(١)</sup> .

وكان نظام الديات معمولاً به عند العرب ، ويعتبرونه من جميل أفعالهم  
فأقرهم الاسلام على هذا النظام وجعل الدية في القتل الخطأ على عاقلة الجاني  
أي على عصبته من رجال قبيلته . ويدفعونها في ثلاث سنوات واعتبر تحمل  
العصبة مبلغ الدية مع القتال من قيل المواسة والتعاون . وجعل الاسلام  
الدية في القتل العمد أيضاً اذا رضي بها أولياء المقتول ويتحملها في هذه  
الحالة الجاني وحده .

## رابعا - في البيّنات

القسمامة :-

٤٣ - جاء في الحديث الشريف أن النبي (ص) أقر القسمامة على ما  
كانت عليه في الجاهلية ، والقسمامة مصدر أقسم والمراد بها الايمان عند  
الفقهاء ، وصورتها ، على ما ذكره بعض الفقهاء ، أن يوجد قتيل في قرية  
أو بمحلة ولا يعرف قاتله ، وهناك شبهة تدعو الى الظن ان قاتله من أهل  
تلك القرية أو المحلة ، فيحق لأولياء المقتول تحليف خمسين رجلاً من أهل  
تلك المحلة خمسين يمينا ما قتلناه ولا علمنا قاتله ، فان حلفوا لزمهم الدية  
وان أبوا الحلف حبسوا حتى يحلفوا أو يقرؤا<sup>(٢)</sup> .

اليمين في الدعوى :

٤٤ - وكان من عوائد العرب قبل الاسلام ، أن يقيم المدعي اليمة على  
صحة دعواه فان لم يتمكن فله أن يحلف المدعى عليه ، وقد أقر الاسلام هذا  
المبدأ فقد جاء في الحديث : «اليمة على من ادعى واليمين على من أنكر»<sup>(٣)</sup> .

(١) الخصري ص ٩٧ .

(٢) الجصاص ج ٢ ص ٢٢٦ - ٢٢٧ ، الخصري ص ٩٨ .

(٣) نيل الاوطار ج ٧ ص ٣٦ - ٣٧ .

(٤) الاوضاع التشريعية ص ٢٩ .

## الفصل الثاني

### الشريعة الإسلامية

#### تعريفها وبيان خصائصها

٤٥ - الشريعة في اللغة المذهب والطريقة المستقيمة ، وشرعة الماء أي مورد الماء الذي يقصد للشرب ، وشرع أي نهج وأوضح وبين المسالك ، وشرع لهم يشرع شرعا أي سن<sup>(١)</sup> . وفي الاصطلاح الشرعي : ما شرع الله لعباده من الدين ، أي من الأحكام المختلفة<sup>(٢)</sup> . وسميت هذه الأحكام شريعته لاستقامتها ولشبهها بمورد الماء لان بها حياة النفوس والعقول كما أن في مورد الماء حياة الابدان .

والشريعة والدين والملة بمعنى واحد ، وهو ما شرعه الله لعباده من أحكام ، ولكن هذه الأحكام تسمى شريعة باعتبار وضعها وبيانها واستقامتها ، وتسمى دنيا باعتبار الخضوع لها وعبادة الله بها ، وتسمى ملة باعتبار املائها على الناس<sup>(٣)</sup> .

أما الاسلام فمعناه الانقياد والاستسلام لله تعالى ، ثم خص استعماله بالدين الذي أرسل الله به نبيه محمدا (ص) ، وبهذا المعنى وردت كلمة الاسلام في قوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي »

- 
- (١) المختار من صحاح اللغة ص ٢٦٥ ، تفسير القرطبي ج ١٦ ص ١٠  
(٢) تفسير القرطبي ج ١٦ ص ١٦٣ ، شرح المنار في الاصول ص ١٢ ،  
تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ١١ وهوامشها .  
(٣) تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا رحمة الله ج ٢ ص ٢٥٧ ،  
وشرح المنار ص ١٢ .

ورصيت لكم الاسلام دينا ،<sup>(١)</sup> . و قوله تعالى : ومن يتبع غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين ،<sup>(٢)</sup> .

وعلى هذا ، فالشريعة الاسلامية في الاصطلاح الشرعي هي : الاحكام التي شرعها الله لعباده ، سواء أكان تشريع هذه الاحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد (ص) من قول أو فعل أو تقرير<sup>(٣)</sup> . فالشريعة الاسلامية ، اذن ، في الاصطلاح ليست الا هذه الاحكام الموجودة في القرآن الكريم ، وفي السنة النبوية والتي هي وحي من الله الى نبيه محمد (ص) ليلينها الى الناس .

#### خصائص الشريعة الاسلامية :

٤٦ - للشريعة الاسلامية خصائص تميزها من غيرها ، ونحن لا نريد أن نذكرها حصرا ثم نأتي عليها تفصيلا ، وانما نريد ان نذكر أهمها مع بيان موجز لها . وأهم هذه الخصائص كونها من عند الله ، وان الجزاء فيها دنيوي وأخروي وانها عامة في المكان والزمان ، شاملة لجميع شؤون الحياة .

#### أولاً - الشريعة من عند الله :

٤٧ - مصدر الشريعة الاسلامية هو الله تعالى ، فهي وحيه الى رسوله محمد (ص) باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة ، فهي بهذا الاعتبار تختلف اختلافا جوهريا عن جميع الشرائع الوضعية لان مصدر هذه الشرائع البشر ومصدر الشريعة الاسلامية رب البشر . وقد ترتب على هذا الخلاف الجوهري جملة نتائج منها :

٤٨ - أولاً : أن مبادئ الشريعة وأحكامها خالية من معاني الجور

(١) سورة المائدة الآية ٣ .

(٢) سورة آل عمران ، الآية ٨٥ .

(٣) تفسير القرطبي ج ١٦ ص ١٦٣ ، الفقه الاسلامي للدكتور محمد

يوسف موسى ص ٧ .

والنقص والهوى لأن صانعها هو الله ، والله له الكمال المطلق الذي هو من لوازم ذاته ، بخلاف القوانين الوضعية التي لا تنفك عن هذه المعاني لأنها صادرة عن الانسان ، والانسان لا يخلو من معاني الجهل والجور والنقص والهوى وما الى ذلك . وحسبنا أن نذكر هنا مثالا واحدا يدل على صدق ما نقول .

جاءت الشريعة بمبدأ المساواة بين الناس بغض النظر عن اختلافهم في اللون أو الجنس أو اللغة<sup>(١)</sup> وجعلت أساس التفاضل بينهم العمل الصالح ومقدار ما يقدمه الفرد من خير ، قال تعالى « يا أيها الناس أنا خلقناكم من ذكر واثني وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقاكم »<sup>(٢)</sup> وهذا المبدأ الاصيل جاءت به الشريعة في وقت كانت العvisية للجنس والقبيلة هي الاساس في المجتمع وفي تمايز الناس وتفاضلهم ، وقد طبق هذا المبدأ العادل القويم واجتث جذور العvisية ولم يعد هناك امتياز للون أو الجنس « فلا فضل لعربي على أعجمي الا بالتقوى » كما قال الرسول الكريم (ص)<sup>(٣)</sup> . وصار الجميع متساوين أمام القانون ، حتى أن الرسول (ص) قال لمن استشفع لامرأة من بني مخزوم سرقت : « وايم الله لو أن فاطمة

(١) ومبدأ المساواة يطبق أيضا على المختلفين في العقيدة مع مراعاة جانب العقيدة . فالدولة الاسلامية تلزم المسلم بأداء الزكاة ولا تلزم غير المسلم « الذمي » بأدائها ، وتمنع المسلم من أكل لحم الخنزير والتجارة به وتعتبر ذلك جريمة وهي تبينه للذمي ، وتقر الذمي على نكاحه وان كان مخالفا لما يشترطه القانون الاسلامي بينما تمنع ذلك بالنسبة للمسلم وكل ذلك مراعاة لجانب العقيدة وهذا هو التطبيق السليم الدقيق للعادل لمبدأ المساواة . فليس من المساواة حمل الناس على خلاف عقائدهم ولهذا كانت القاعدة في الشريعة بالنسبة للذمين : لهم ما لنا وعليهم ما علينا ، وانهم متساوون في الحقوق والواجبات مع المواطنين المسلمين الا فيما يتصل بالعقيدة أو يقوم عليها كما في الامثال التي ضربناها : أنظر كتابنا أحكام الذمين والمستأمنين في دار الاسلام في باب حقوق الذمين .

(٢) سورة الحجرات ، الآية ٣ .

(٣) الحديث رواه البيهقي بهذا اللفظ ( يا أيها الناس ان ربكم واحد وان اباكم واحد الا لا فضل لعربي على أعجمي ولا لأعجمي على عربي ولا لأحمر على أسود ولا لاسود على أحمر الا بالتقوى ) .

بنت محمد سرقت لقطعت يدها ،<sup>(١)</sup> وقد بلغ تطبيق هذا المبدأ من الدفة الى حد أن النبي (ص) أنكر على من قال لمسلم غير عربي « يا ابن السوداء » واعتبر ذلك من بقايا الجاهلية وتفاخرها بالانساب والاجناس .

وفي القرن العشرين لم تستطع كثير من الدول تحقيق هذا المبدأ العادل وتطبيقه بصورة سليمة ففي الولايات المتحدة الامريكية لا تزال الفروق قائمة بين المواطنين على أساس اللون والجنس . فصاحب البشرة البيضاء اسمى منزلة وأعلى قدرا من صاحب البشرة السوداء ولا مساواة بين الاثنين أمام القانون ولا في التمتع بالحقوق وان كان الاثنان يحملان الجنسية الامريكية . والقانون يحمي هذا التمايز ويقره ، بل ان بعض الولايات المتحدة الامريكية تنص دساتيرها على أحكام غريبة لا يستسيغها الضمير الانساني ولا يقرها عقل سليم ، فمن ذلك النص ، على ان النكاح بين شخص أبيض وآخر زنجي يعتبر نكاحا باطلا . والنص على ان كل من يطبع أو ينشر أو يوزع ما فيه حث للجمهور على اقرار المساواة الاجتماعية والزواج بين البيض والسود أو تقديم حجج للجمهور أو مجرد اقتراح في هذا السبيل يعتبر عمله جريمة يعاقب عليها القانون بغرامة لا تتجاوز خمسمائة دولار أو بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بالعقوبتين<sup>(٢)</sup> .

٤٩ - ثانيا لاحكام الشريعة هبة واحترام في نفوس المؤمنين بها حكاما كانوا أو محكومين لانها صادرة من عند الله ومن ثم فلها صفة الدين . وما له هذه الصفة من حقه أن يحترم ويطاع طاعة اختيارية تنبعث من النفس وتقوم على الايمان ولا يقسر عليها الانسان قسرا . وفي هذا كله

---

(١) هذا جزء من حديث ورد في امرأة مخزومية سرقت فجاء اسامة بن زيد يستشفع لها عند الرسول ، فقال عليه الصلاة والسلام : أتشفع في حد من حدود الله ؟ ثم قال عليه السلام : انما أهلك الذين من قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها : تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول ج ٢ ص ١٤ .

(٢) الاستاذ علي شحاته ، الرق بيننا وبين أمريكا ص ٤٩ طبعة

أعظم ضمان لحسن تطبيق القانون الاسلامي من الجميع وعدم الخروج عليه ولو مع القدرة على هذا الخروج • أما القوانين الوضعية فانها لا تبلغ مبلغ الشريعة في هذه الناحية أبداً ، اذ ليس لها مثل سلطانها على النفوس ولا مقدار احترام وهيبة الناس لها ومن ثم فان النفوس تجرأ على مخالفة القانون الوضعي كلما استطاعت الافلات من رقابة القانون وسلطة القضاء ورأت في هذه المخالفة اشباعاً لاهوائها وتحقيقاً لمصلحتها • ولا ريب أن قيمة القانون تقدر بصلاحه أولاً ، وبمقدار احترام الناس له ومدى سلطانه على نفوسهم وطاعتهم لاحكامه ثانياً • ويكفي هنا أن نضرب مثلاً واحداً لتوضيح هذا المعنى •

كان العزب في الجاهلية مولعين بشرب الخمر ، معتادين عليها ، لا يرون في ذلك بأساً ولا منقصة • فلما جاء الاسلام أبان لهم أن اثم الخمر أكبر من نفعها المتمثل بالربح المادي المتأتي من المتاجرة بها ، ثم أمرهم أن لا يقربوا الصلاة وهم سكارى ثم نزل حكم الله • يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، (١) •

فكان لكلمة « فاجتنبوه » من الهيبة والاحترام والتأثير في النفوس أن انطلق أولئك المسلمون الى زقاق خمورهم يشقونها بالمدى والسكاكين ويريقون ما فيها ويفتشون في زوايا بيوتهم لعلهم يجدون بقية من خمر فاتهم أن يريقوها • هذا هو القانون الاسلامي ومدى ما يتمتع به من احترام وسلطان •

وفي القرن العشرين أرادت الولايات المتحدة الامريكية أن تخلص شعبها من مضار الخمر وتجرب ما جاء به القانون الاسلامي فشرعت في سنة ١٩٣٠ قانون تحريم الخمر ، والذي حرم على الناس بيع الخمر أو شراءها أو صنعها أو تصديرها أو استيرادها • وقد مهدت الحكومة لهذا القانون بدعاية واسعة عن طريق السينما والتمثيل والاذاعة ونشر الكتب والرسائل

(١) سورة المائدة ج ٧ ، الآية ٩٠ •



وكلها تبين مضار الخمر مدعومة بالاحصائيات الدقيقة والبحوث العلمية والطبية . وقد قدر ما أنفق على هذه الدعاية (٦٥) مليوناً من الدولارات ، وسودت تسعة آلاف مليون صفحة في بيان مضار الخمر والزجر عنها ، وانفق ما قدر مجموعه أربعة ملايين ونصف من الجنيهات لأجل تنفيذ هذا القانون ، ودلت الاحصائيات للفترة الواقعية بين تاريخ تشريعه وبين تشرين الاول ١٩٣٣ أنه قتل في سبيل تنفيذ هذا القانون مائتا نسمة وحبس نصف مليون نسمة وغرم المخالفون له غرامات تبلغ مليون ونصف المليون من الجنيهات وصودرت أموال بسبب مخالفته تقدر بأربعمائة مليون جنيه . وكان آخر المطاف أن اضطرت الحكومة الأمريكية الى إلغاء قانون التحريم في أواخر سنة ١٩٣٣<sup>(١)</sup> ولم تنفعها تلك الاموال الطائلة والتضحيات الجسيمة لحمل الناس على ترك الخمر الثابت ضررها ، لأن القانون لم يكن له سلطان على النفوس يحملها احترامه وطاعته . ولكن كلمة « فاجتنبوه » التي جاءت بها الشريعة الإسلامية في جزيرة العرب وبين أناس اعتادوا شربها دون أن يسبق ذلك دعاية واسعة أو نشر كتب ورسائل ألجمت الافواه عن تذوق الخمر ودفعت أولئك الناس الى اراقة خمرهم بأيديهم لا بيد شرطي أو جندي أو رقيب . فهل بعد هذا من حاجة الى دليل على صحة ما قلناه ؟

#### ثانيا - الجزاء في الشريعة دنيوي وآخروي .

٥٠ - من خصائص القانون اقترانه بجزاء توقعه الدولة عند الاقتضاء على من يخرج على أحكامه<sup>(٢)</sup> . وهذا الجزاء قد يكون جنائيا يتمثل بأذى يصيب جسم الأنسان أو يقيد حريته أو يصيب ماله بنقص « الغرامة » وقد يكون الجزاء مدنيا عن طريق جبر المدين على تنفيذ التزامه عينا أو بمقابل

(١) التشريع الرباني والقانوني الوضعي ، للاستاذ أبي الاعلى المودودي ، من مقال له منشور في مجلة ( المسلمون ) المجلد الخامس ص ٧٥٧ وما بعدها .

(٢) أصول القانون للسنهوري ص ١٣ .

« التعويض المالي » ، أو يكون بطلان الاتفاق المخالف للقانون وعدم ترتب شيء من آثاره . إلا أن الجزاء بنوعيه جزاء دنيوي ينال الانسان في حياته لا في آخرته ، لان الدولة لا تملك من أمر الآخرة شيئاً وبالتالي لا تضع من الجزاءات إلا ما ينفذ في الدنيا .

٥١ - والشريعة الاسلامية تتفق مع القوانين الوضعية في أن قواعدهما وأحكامها تقتزن بجزاء يوقع على المخالف ، ولكنها تختلف معها في أن الجزاء فيها آخروي ودنيوي ، بل أن الاصل في أجزيتها هو الجزاء الآخروي ، ولكن مقتضيات الحياة وضرورة استقرار المجتمع وتنظيم علاقات الافراد على نحو واضح بين مؤثر وضمان حقوقهم كل ذلك دعا الى أن يكون مع الجزاء الآخروي جزاء دنيوي . وهذا الجزاء الدنيوي منه ما يكون جنائياً ومنه ما يكون مدنياً كما هو الحال في القوانين الوضعية ، وان كان نطاقه أوسع من نطاق الجزاء في القانون الوضعي نظراً لشمول القانون الاسلامي لجميع شؤون الافراد ومنها الدينية والاخلاقية خلافاً للقانون الوضعي .

٥٢ - والجزاء الآخروي يترتب على كل مخالفة لاحكام الشريعة ، سواء أكانت من أعمال القلوب أو من أعمال الجوارح ، وسواء أكانت من مسائل المعاملات المالية أو من مسائل الجنائيات وسواء عوقب عليها الانسان في الدنيا أو لم يعاقب ما لم تقتزن مخالفته بتوبة نصوح وتحلل من حق الغير ، وهذا ما تشير اليه النصوص الكثيرة منها ان الله تعالى بعد أن بين أحكام الموارث ونصيب كل وارث قال : « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الانهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم » . ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين »<sup>(١)</sup> . وفي جريمة قطع الطريق ، يقول الله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض ذلك لهم خزي في

(١) سورة النساء ج ٤ ، الآية ١٣ و ١٤ .

الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم»<sup>(١)</sup> . وفي الاخلاق يقول الله تعالى :  
« ويل لكل همزة لمزة »<sup>(٢)</sup> .

وفي أكل مال الغير بالباطل يقول الله تعالى « ان الذين يأكلون أموال  
اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا »<sup>(٣)</sup> . وقد ترب  
على هذا أن المسلم يخضع لاحكام الشريعة خضوعا اختياريا في السر والعلن  
خوفا من عقاب الله ، وحتى لو استطاع أن يفلت من عقاب الدنيا ، واذا ما  
اقترب جريمة في غفلة من ايمانه طلب اقامة العقوبة عليه بمحض اختياره  
فهذا ما عرّف اعترف أمام الرسول (ص) بجريمة الزنى وطلب اقامة الحد  
عليه . وهكذا تنزجر النفوس عن مخالفة القانون الاسلامي أما بدافع  
الاحترام له واستشعار الحياء من الله وأما بدافع الخوف من العقاب الآجل  
الذي ينتظر المخالفين « يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضرا وما  
عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمدا بعيدا »<sup>(٤)</sup> « فمن يعمل مثقال ذرة  
خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره »<sup>(٥)</sup> وفي هذا وذاك أعظم ضء - ن  
لزجر النفوس عن المخالفة وكفها عن العصيان .

### ثالثا - عموم الشريعة وبقاؤها :

٥٣ - الشريعة الاسلامية عامة لجميع البشر في كل مكان وزمان ،  
قال تعالى : « قل يا أيها الناس اني رسول الله اليكم جميعا »<sup>(٦)</sup> . « وما  
أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا »<sup>(٧)</sup> وهي باقية لا يلحقها نسخ ولا  
تغير لان الناسخ يجب أن يكون بقوة المنسوخ أو أقوى منه فلا ينسخ  
الشريعة وهي تشريع من الله الا تشريع آخر من الله ، وحيث ان الشريعة  
الاسلامية خاتمة الشرائع ومحمد (ص) خاتم النبيين ، قال تعالى : « ما كان

(١) سورة المائدة ج ٦ ، الآية ٣٣ .

(٢) سورة الهمزة ج ٣٠ ، الآية ١ .

(٣) سورة النساء ج ٤ ، الآية ١٠ .

(٤) سورة آل عمران ج ٣ ، الآية ٢٩ .

(٥) سورة الزلزلة ج ٣٠ ، الآية ٧ و ٨ .

(٦) سورة الاعراف ، الآية ١٥٨ .

(٧) سورة سبا ج ٢٢ ، الآية ٢٨ .

محمدا أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين ، فلا يتصور أن ينسخها أو يغيرها شيء .

٥٤ - وعموم الشريعة وبقاؤها وعدم قابليتها للنسخ والتبديل كل ذلك يستلزم عقلاً أن تكون قواعدها وأحكامها على نحو يحقق مصالح الناس في كل عصر ومكان ويضيء بحاجاتهم ولا يضيق بها ولا يتخلف عن أي مستوى عال يبلغه المجتمع وهذا كله متوفر في الشريعة الإسلامية لأن الله تعالى وهو العليم اذ جعلها عامة في المكان والزمان وخاتمة لجميع الشرائع ، جعل قواعدها وأحكامها على نحو يجعلها صالحة لكل زمان ومكان ، وهذا ما يدل عليه واقع الشريعة ومصادرها وطبيعتها مبادئها وأحكامها وما ابتنت عليه هذه الأحكام . ولا بد هنا من بيان موجز كل الإيجاز لتجلية هذا المعنى وإثبات صحة ما نقول بالأدلة والبراهين .

٥٤ - البرهان الأول - ابتناء الشريعة على جلب المصالح ودرء المفاسد :

الشريعة ما وضعت الا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم<sup>(١)</sup> حتى أن بعض الفقهاء قال وقوله حق : « ان الشريعة كلها مصالح ، أما درء مفاسد أو جلب مصالح »<sup>(٢)</sup> .

وهذه الحقيقة أو هذا الوصف ، أمر ثابت للشريعة يدل عليه استقراء نصوصها وما ابتنت عليه أحكامها ونذكر بعض ذلك فيما يلي :

( أولاً ) قال تعالى في تعليل رسالة محمد (ص) : « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين »<sup>(٣)</sup> والرحمة تتضمن رعاية مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم .  
( ثانياً ) تعليل الأحكام بجلب المصلحة ودرء المفسدة لاعلام المكلفين ان تحقيق المصالح هو مقصود الشارع وان الأحكام ما شرعت الا لهذا الغرض . فمن ذلك قوله تعالى « ولكم في القصص حياة يا أولي الألباب »<sup>(٤)</sup>

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٦ ، ٣٧ .

(٢) قواعد الاحكام للعز بن عبدالسلام ج ١ ص ٩

(٣) سورة الانبياء ج ١٧ ، الآية ١٠٧ .

(٤) سورة البقرة ج ٢ ، الآية ١٨ .

وقوله : « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » (١) وقوله تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم » (٢) وارهأب العدو مصلحة لانه ينكف عن عدوانه على المسلمين اذا رأى قوتهم • ومثل قوله تعالى : « ويسألونك عن المحيض ، قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن » (٣) وقوله عليه السلام : « يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج » (٤) •

( ثالثا ) تشريع الرخص عند وجود مشقة في تطبيق الاحكام من ذلك اباحة النطق بكلمة الكفر عند الاكراه عليها حفظا لمصلحة بقاء النفس ، واباحة المحرم عند الضرورة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر ، واباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض ونحو ذلك • ولا شك أن دفع المشقة ضرب من ضروب رعاية المصلحة ودفع المفسدة وكذا التدرج في التشريع ونسخ الاحكام كل ذلك مبناه ملاحظة المصلحة كما سيأتي بيانه فيما بعد •

( رابعا ) وجد بالاستقراء أن مصالح العباد تتعلق بأمور ضرورية أو حاجة أو تحسينية ، فالأولى هي التي لا قيام لحياة الناس بدونها واذا فات حل الفساد وعمت الفوضى واختل نظام الحياة ، وهذه الضروريات هي : حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمالك • وبعضهم يجعل مع العرض النسل • والحاجيات هي التي يحتاج اليها الناس ليعيشوا بيسر وسعة واذا فاتهم لم يخل نظام الحياة ولكن يصيب الناس ضيق وحرَج • وأما التحسينات فهي التي ترجع الى محاسن العادات ومكارم الاخلاق

(١) سورة المائدة ج ٧ ، الآية ٩١ •

(٢) سورة الانفال ج ١٠ ، الآية ٦٠ •

(٣) سورة البقرة ج ٢ ، الآية ٢٢٢ •

(٤) الباءة مؤنة الزواج وما يقتدر به عليه •

وإذا قامت فلا يختل نظام الحياة ولا يصيب الناس حرج ولكن تخرج حياتهم  
عن النهج الاقوم وما تستدعيه الفطر السليمة والعادات الكريمة •  
والشريعة جاءت أحكامها لتحقيق وحفظ الضروريات والحاجيات  
والتحسينيات وبهذا حفظت مصالحهم •

فالدين شرع لأقامته العبادات ، وشرع لحفظه الجهاد وعقوبة المرتد  
والحجر على المفتي الماجن ، وزجر من يفسد على الناس عقيدتهم •  
والنفس شرع لإيجادها النكاح وشرع لحفظها القصاص على من  
يعتدي عليها وتحريم القاء النفس في التهلكة ، ولزوم دفع الضرر عنها •

والعقل شرع لحفظه تحريم الخمر وعقوبة شاربها • والنسب شرع  
لإيجاده الزواج وشرع لحفظه عقوبة الزنى والقذف وحرمة اجهاض المرأة  
الحامل الا لضرورة • وفي عقوبة الزنى والقذف حفظ الاعراض أيضا •  
والمال شرع لتحصيله أنواع المعاملات من بيع وشراء وشركة ونحو ذلك •  
وشرع لحفظه حرمة أكل مال الناس بالباطل أو اتلافه والجحر على السفيه  
وتحريم الربا ، وعقوبة السرقة • والحاجيات شرعت لها الرخص عند المشقة ،  
كالفطر للمريض ، وفي المعاملات شرع السلم ( وهو بيع معدوم ) وكذا  
الاستصناع دفعا للضيق والخرج عن الناس ، وان لم تجر هذه العقود على  
القواعد العامة • وشرع الطلاق للخلاص من حياة زوجية لم تعد تطاق أو  
لوجود ما يدعو للفرقة • وفي العقوبات شرعت الدية ( الضمان المالي ) في  
القتل الخطأ على أقارب القاتل الذكور من جهة الاب ( عاقلته ) تخفيفا  
عن المخطئ •

وفي التحسينيات شرعت الطهارة للبدن والثوب ، وستر العورة وأخذ  
الزينة عند كل مسجد والنهي عن بيع الانسان على بيع أخيه ، والنهي عن  
قتل الاطفال والنساء في الحروب ونحو ذلك •

فاستقراء نصوص الشريعة يدل على أن الشارع ما قصد بتشريعها  
الاحكام للناس الا الحفاظ لهذه الضروريات والحاجيات والتحسينيات ،

وهذه هي مصالحهم • وإذا تمارضت المفسد والمصالح رجس أعظمها فإن كان الأعظم مفسدة شرع الحكم لدفعها وإن كان الأعظم مصلحة شرع الحكم لجلبها ، فقتل القاتل مفسدة لأن فيه تفويت حياته ولكنها جازت لأن فيها تحقيق مصلحة أعظم وهي حفظ حياة الناس على العموم • وكشف العورة مفسدة ولكن إذا احتاج الإنسان إلى إجراء عملية جراحية جاز ذلك لأن مصلحة حفظ النفس أعظم من مفسدة كشف العورة ، وترك المحتكر دون اعتراض عليه مصلحة له لأن في ذلك تحصيل الربح له ولكن فيه مفسدة أعظم وهي الإضرار بالناس فشرع المنع من الاحتكار • والدفاع عن البلاد يعرض النفوس إلى القتل وهذه مفسدة ولكن ترك الأعداء يدخلون البلاد ويستعمرونها مفسدة أعظم فكان في دفعها مصلحة أعظم من مفسدة تعرض المدافعين للقتل فشرع الجهاد لهذه المصلحة العظمى أو لدفع تلك المفسدة الكبرى • وهكذا تجري أحكام الشريعة على نمط واحد وعلى أساس واحد هو جلب المصالح ودفع المفسد •

وعلى هذا فكل مصلحة مشروعة تطراً أو مفسدة تظهر فإن الشريعة تبيح إيجاد الحكم لتحقيق تلك المصلحة ودفع هذه المفسدة ، لأن الشريعة كما يقول الإمام ابن القيم : « مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ورحمة ومصالح كلها وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه » (١) • فالشريعة الإسلامية لا يمكن أبداً أن تضيق بحاجات الناس وتحقيق مصالحهم لأنها جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفسد وتقليلها (٢) ومن ثم فهي صالحة لكل زمان ومكان •

(١) اعلام الموقعين لابن القيم ج ٣ ص ١ •

(٢) منهاج السنة النبوية للإمام ابن تيمية ج ١ ص ١٤٧ ، و ج ٢

ص ٢٤٠ ، و ج ٣ ص ١٥٨ •

الشريعة الإسلامية (م-٤)

## ٥٥ - البرهان الثاني - مبادئ الشريعة وطبيعتها أحكامها :

أحكام الشريعة نوعان ، الاول جاء على شكل أحكام تفصيلية ، والثاني على شكل قواعد ومبادئ عامة وكلا النوعين جاء على نحو يوافق كل مكان و زمان ويتفق مع عموم الشريعة وبقائها ، وهاك البيان بايجاز .

**النوع الاول :** الاحكام التفصيلية ، وهذه اما ان تتعلق بالعقيدة او بالعبادات أو بالاخلاق أو ببعض المسائل الخاصة بعلاقات الافراد فيما بينهم .

٥٦ - فأحكام العقيدة كالإيمان بالله واليوم الآخر ونحو ذلك ، لا يتصور مجيء عصر يستغني فيه البشر عنها ، لانها - أي هذه الاحكام - تبين حقائق ثابتة ، وشأن هذا النوع من الحقائق الثبات والبقاء . ومسائل العبادة تنظم علاقة الفرد بربه على شكل معين ، وهذا التنظيم يحتاجه الانسان في كل زمان ، لان هذه العبادة من لوازم مخلوقته لخالق عظيم أراد أن يكون اتصال مخلوقه به على هذا النحو فضلا عن أن لاشكال هذه العبادة فائدة دنيوية تظهر في صلاح النفس وما ينتج عن ذلك من صلاح المجتمع ، وحسبنا أن نذكر مثلا على ذلك الصلاة ، فقد قال الله عنها : « ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » وانزجار الانسان عن الفحشاء والمنكر بمصلحة ظاهرة للجماعة . والزكاة وهي عبادة تنظم علاقة الفرد بربه من جهة المال ، وفيها مصلحة واضحة للجماعة وكذا الحج اذ فيه اجتماع عام وتعارف وتدارس للاحوال ، وهكذا بقية العبادات .

٥٧ - والاخلاق عنصر أصيل في تقويم شؤون الحياة وصلاح المجتمع ولا يضي عنها أي تقدم في مجال الثقافة والعلوم وآية ذلك ما نجده في العالم في الوقت الحاضر فان الازمة التي يمر بها ازمة اخلاقية في اساسها وجوهرها وليس هنا محل تفصيل ذلك . وعليه فالشريعة في تأكيدها على جانب الاخلاق وفي تشريعها للاحكام الخلقية انما هدفت الى ارساء قواعد المجتمع على أسس قوية وأقامت صرح الاصلاح ابتداء من النفس . . . والاخلاق بعد هذا كله معان ثابتة يحتاجها الانسان السوي ولا يتصور أن يجيء يوم يقال فيه ان الصدق والعدل والوفاء بالعهد وترك الظلم معان فاسدة لا تليق بانسان



متمدن ، اللهم اذا ارتد البشر الى حياة الغاب وانتكاس الفطرة •

٥٨ - أما الاحكام التفصيلية الاخرى المتعلقة ببعض علاقات الافراد فيما بينهم فهي أيضا غير قابلة للتبديل لان تفصيلها بني على أساس ان الحاجة اليها تبقى قائمة في كل زمان ولكل جماعة وان غيرها لا يسد مسدها ولا يحقق المصلحة للناس • فمن هذه الاحكام تنظيم الاسرة وكيفية الزواج وحق الحضانة والولاية ونحو ذلك من شؤون الاسرة ، فالتكاح جاء لتنظيمه غاية في البساطة وخاليا من الشكليات والطقوس ومن ثم فهو صالح لكل زمان ومكان ، فيكفي فيه ايجاب من الرجل أو المرأة وقبول من الآخر مع شهود على هذا الاتفاق تميزا له عن السفاح واطهارا لشرف هذا العقد ، فلا يشترط لصحة التكاح أن يكون على يد شخص معين أو في مكان معين أو بكيفية خاصة أو بلفظ معينة أو بتراتيل معينة وما الى ذلك ، فهذه الكيفية البسيطة ، لعقد التكاح لا يتصور العقل خيرا منها واصلاح منها •

وتشريع الفرقة بين الزوجين هو الشيء الطبيعي المقبول اذ لا يصح اجبار شخصين على ابقاء الرابطة الزوجية بالرغم من قيام ما يدعو الى انفصالهما من قيام نفرة أو كراهية أو ظلم ونحو ذلك ، وانما المعمول أن تباح الفرقة بينهما ليذهب كل الى حال سبيله ويجرب حظه في شركة أخرى ورابطة جديدة • ولهذا أباح معظم الدول الغربية الفرقة بين الزوجين بعد ان كان محرما عندها • ولا يقال لم أعطي حق الطلاق للرجل وحرمت منه المرأة ، لانا نقول : للمرأة ان تشترط لنفسها حق الطلاق في عقد الزواج ، كما لها أن تطلب التفريق قضاء اذا مسها من الزوج ضرر •

وتنظيم الميراث وتحديد أنصبة الورثة جاء على شكل ممتاز لوحظ فيه مختلف الاعتبارات كقرب الوارث وحاجته ، وتقنين الثروة ، وهذا التنظيم للميراث وما بني عليه من أسس واعتبارات صالح لكل زمان ومكان ، وليس هنا تفصيل ذلك •

وتحريم الربا ، وهو حكم يخص المعاملات المالية ، حكم تفصيلي غير قابل للتبديل ، لان مفسد الربا ذاتية لا تنفك عنه أبدا ، وهو من مظاهر

احلال المجتمع وفساده واستساغته للظلم وفقدان التعاون الاجتماعي فيما بين أفرادہ • وعلاج مثل هذا المجتمع الفاسد يكون باصلاحه جذريا لا بترك فسادہ واعوجاجه وتشريع الاحكام الملائمة لفساده واعوجاجه •

والعقوبات في الشريعة جاءت مفصلة لعدد محدود من الجرائم وهي عقوبة الردة والزنى والقذف والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر والقصاص وهذه تسمى بجرائم الحدود والقصاص • أما عقوبات الجرائم الاخرى فقد ترك تقديرها لاولي الامر وهذه تسمى بالعقوبات التعزيرية ويلاحظ في تقديرها مدى جسامة الجريمة وظروفها وحال الجاني ومدى ضرر المجتمع منها ، كل ذلك في ظل قوله تعالى : وجزاء سيئة سيئة مثلها • والعقوبات المقدرة كلها خير وصلاح وعدل ولا يستغني عنها أى مجتمع فاضل لانها بنيت على أساس العدالة وزجر المجرم وحفظ مصلحة الجماعة • فعقوبة الردة بنيت على أساسين ، الاول اخلال المسلم بالتزامه بأحكام الاسلام ، والثاني درء المفسدة عن المجتمع • وبين ذلك ان الفرد باسلامه يكون قد التزم أحكام الاسلام واصوله وعدم الخروج عليها أو هدمها فان فعل ذلك كان مخلا بالتزامه فينال جزاء هذا الاخلال • كما أن في الردة واعلانها مفسدة للجماعة تظهر في تشكيك الناس في عقائدهم واحداث الاضطراب فيما بينهم وزعزعة لكيان الدولة التي اتخذت الاسلام اساسا لقيامها وبقائها وأهدافها • فكان لابد من عقوبة زاجرة لمنع هذه المفسدة عن مجتمع يدين بالاسلام وعن دولة جعلت أساس حياتها الاسلام •

وعقوبة الزنى بنيت على أساس افسادها للاخلاق ، واضرارها البليغة بالفرد والاسرة والمجتمع ، كشيوع الامراض واختلاط الاسباب وخراب البيوت والغزوف عن الزواج وما الى ذلك ، والشريعة من اصولها العناية بالاخلاق ودفع الاضرار عن الناس ، ولا شك أن المجتمع الفاضل الذي يحرص على الفضيلة ويعنى بالاخلاق يرحب بهذه العقوبة ولا يضيق بها ذرعا ولا يجد فيها الا المصلحة والخير وزجر المفسدين الذين يريدون العبث بأعراض الغير واشاعة الفساد في المجتمع •

وعقوبة السرقة ، وهي قطع اليد ، قد يقال أن فيها قسوة ولم تعد ملائمة لعصرنا ، وهذا قول ضعيف لم يقم على النظر العميق والاجاطة بجوانب المسألة . فمن المعلوم أن الشريعة الاسلامية أوجبت ضمانا اجتماعيا لكل فرد ، يبدأ من الاسرة وينتهي بالدولة ، فالفرد العاجز المحتاج يجد ما يسد حاجته بما أوجبه الشريعة من تضامن الزامي بين أفراد الاسرة يتمثل بإيجاب النفقة للعاجز المحتاج على الغني ، فإن لم يف ذلك أو لم يوجد فللفقير حق مالي في أموال الاغنياء تستوفيه الدولة وتسلمه اليه ، فإن لم يف ذلك أو لم يوجد ، فالدولة الاسلامية مسؤولة عن ايجاد العمل للقادر عليه فإن لم يوجد العمل أو وجد وكان المحتاج عاجزا فالدولة ملزمة بكفالة المحتاج ، لا فرق بين مسلم وغير مسلم ما دام يحمل الجنسية الاسلامية<sup>(١)</sup> . ففي مثل هذا المجتمع القائم على هذا التنظيم ، اذا وجد فيه سارق يمد يده الى مال الغير بغير حق ، أو يتسلق الجدار في جنح الظلام ويروع الآمنين ويسطو على أموالهم ، ثم جاءت الشريعة بإيجاب عقاب هذا السارق بقطع يده ، لا يمكن أن يقول منصف انه عقاب قاس . هذه واحدة . والثانية ، ان الغرض من العقوبة الاصلاح والزجر وحفظ استقرار المجتمع وبعث الطمأنينة في النفوس ، ولا شك أن جعل عقوبة السرقة قطع اليد يحقق هذه المعاني على وجه أكمل وأتم من عقوبة السجن ، والواقع يؤيدنا ، فما ردعت السجون النفوس عن السرقة ولكن عقوبة قطع اليد ردعت المجرمين في الماضي وهي قادرة على ردعهم في الوقت الحاضر ، وكون الشيء قديما لا يدل على فساده فما كل قديم بفساد ولا كل جديد بصالح

(١) وهكذا فعل سيدنا عمر بن الخطاب اذ كفل العاجزين المحتاجين من أهل الذمة . أنظر الخراج لأبي يوسف ص ١٤٤ . وفي كتاب الاموال لأبي عبيد ص ٤٥-٤٦ ، أن عمر بن عبدالعزيز كتب الى علي بن أرطاة بالبصرة : أما بعد . . وانظر من قبلك من أهل الذمة قد كبرت سنه وضعفت قوته وولت عنه المكاسب فأجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه ، فقد بلغني أن عمر بن الخطاب مر بشيخ من أهل الذمة يسأل على أبواب الناس ، فقال : ما أنصفناك ان كنا أخذنا منك انجزية في شبيبته ثم ضيعناك في كبرك ، ثم أجرى عليه من بيت المال ما يصلحه . وانظر مؤلفنا أحكام الذميين والمستأمنين .

• صلاح الشيء يستفاد من ذاته ومدى نفعه لا من جدته وقدمه .  
والقصاص في الشريعة الإسلامية جعل حقا للمجني عليه أو لوليائه  
( في جريمة القتل ) فلمهم أن يطلبوا القصاص من القاتل كما لهم أن يطلبوا  
الدية ( التعويض المالي ) كما لهم أن يعفوا • وهذا هو التنظيم الكامل الذي  
لم يفصل جانب الطبيعة البشرية وما جبلت عليه من حب أخذ الثأر من الجاني  
وانزال القصاص العادل به ، كما لم يفصل جانب المجتمع ومصلحته •  
فالقصاص يردع الجاني عن الجريمة ، وفي هذا الردع حياة له ولغيره  
• ولكم في انتصاف حياة يا أولي الابواب ، ويستل النعمة من النفوس • ومع  
هذا كله فإن الجاني الذي لم يقتص منه لعفو أولياء القتل عنه أو لاخذهم الدية  
منه لا يعني أنه نجا من كل عقاب ، فللدولة أن توقع عليه عقوبة تعزيرية  
لما في جنايته من اعتداء على المجتمع • الحق العام (١) •

وعقوبة القذف : ترتب على من يرمي غيره ، امرأة أو رجلا بالزنى ،  
والحكمة من ورائها وقاية أعراض الناس من مقالة السوء وما ينتج عن ذلك  
من عداوة وخصام وخراب البيوت ، فهذه العقوبة تجد سندها في رعاية  
الاخلاق ومصلحة الجماعة •

وجريمة قطع الطريق كجريمة السرقة من حيث انها اعتداء على  
أموال الناس ، وتمتاز عليها بالفضاعة والمجاهرة بالعدوان والخروج على  
سلطان الدولة وإخافة الطريق ومنع المرور فيه وما الى ذلك ، ومن ثم كانت  
عقوبتها أشد من عقوبة السرقة العادية •

وعقوبة شرب الخمر ، نظر فيها الى ان الخمر تفسد العقل وتفقد  
التمييز وتؤدي الى الاجرام ولتنتج هذا كله شرعت هذه العقوبة •  
فجميع العقوبات التفصيلية قامت على معان وأوصاف ثابتة لا تتغير فهي  
تحقق المصلحة في كل زمان ومكان •

---

(١) ولهذا قال المالكية اذا عفي عن القاتل العمد على الدية أي على  
اعطائها فانها تجب عليه ، ويضربه الامام مائة ويحبس سنة ، تبصرة الحكام  
لابن فرحون ج ٢ ص ٢٥٩ •

## ٥٩ - النوع الثاني من الاحكام :

وهذا النوع من الاحكام، جاء على شكل قواعد ومبادئ عامة لا يمكن أن تضيق بحاجات الناس كما لا يمكن أن تتخلف عن أى مستوى عال تبلغه الجماعة . ويكفينا أن نذكر هنا بعض الامثلة تأييدا لما نقول :

أولا - جاءت الشريعة الاسلامية بمبدأ الشورى في الحكم ، قال تعالى : « وأمرهم شورى بينهم »<sup>(١)</sup> وقوله تعالى « وشاورهم في الامر »<sup>(٢)</sup> ومبدأ الشورى أسمى نظام للحكم يمكن أن يصل اليه النوع البشري ولا يمكن أن يتخلف عن أى مستوى عال تبلغه الجماعة في نظام الحكم . وقد جاء هذا المبدأ القويم على نحو من العموم والمرونة بحيث يتسع لكل تنظيم قانوني يوضع لتحقيق هذا المبدأ .

ثانيا - مبدأ المساواة ، وقد ذكرناه سابقا ، وهو مبدأ عظيم ، ومن مظاهره المساواة أمام القانون ، مساواة تشمل الجميع من رئيس الدولة حتى أبسط مواطن في الدولة الاسلامية ، فلا امتيازات لاحد فالكل سواء أمام القانون ، ومن ثم فهذا المبدأ صالح لكل زمان ومكان ولا يتخلف عن أى مستوى عال تبلغه جماعة ما .

ثالثا - مبدأ العدالة : الشريعة تأمر بتحقيق العدالة في الارض ، والحكم بالعدل حتى مع الاقربين والابعدين والاصدقاء والاعداء « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »<sup>(٣)</sup> . « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى »<sup>(٤)</sup> . ولا شك أن هذا المبدأ يضمن مصالح الناس في كل زمان ومكان ويتسع لكل تنظيم يحقق العدالة ، فمثلا اذا رؤي أن تحقيق العدالة يستلزم جعل المحاكم على درجتين أو أن المحكمة تؤلف من أكثر من قاض واحد ، أو تعيين هيئة

(١) سورة الشورى ج ٢٥ ، الآية ٣٨ .

(٢) سورة آل عمران ج ٤ ، الآية ١٥٩ .

(٣) سورة النساء ج ٥ ، الآية ٥٨ .

(٤) سورة المائدة ج ٦ ، الآية ٨ .

تدقيق لاحكام المحاكم ، فهذا ونحوه يجوز لانه من مستلزمات تحقيق العدالة والحكم بالعدل حسب ظروف معينة ومكان معين ، والشريعة الاسلامية لا تضيق بأي اسلوب حق يحقق أغراضها ويؤدي الى حسن تطبيق مبادئها ، وفي هذا يقول الامام ابن القيم : « فاذا ظهرت امارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه .. » (١) .

رابعا - قاعدة ( لا ضرر ولا ضرار ) وهي حديث نبوي ، ومعناها أن الضرر مرفوع بحكم الشريعة أي لا يجوز لاحد ايقاع الضرر بنفسه أو بغيره ، ١٢ أن مقابلة الضرر لا يجوز لانه عبث وافساد لا معنى له ، فمن يحرق مال الغير لا يجوز للغير احراق ماله لان في هذه المقابلة اكثارا للاضرار والمقاسد ، وانما يرفع هذا الضرر بايجاب الضمان المالي على المعتدي .

ولا شك أن هذه القاعدة العظيمة تبتي عليها فروع كثيرة ، وقد جاءت أحكام في الشريعة الاسلامية لتحقيق مدلول هذه القاعدة ، من ذلك تقرير حق الشفعة لدفع الضرر عن الشريك والجار ، وتقييد استعمال الحق على وجه لا يلحق ضررا بالآخرين كما في منع الانسان من اقامة مذبحة ونحوها في داره اذ كان في ذلك ايذاء للجيران ، واجبار صاحب الارض بامرار الماء من أرضه لسقاية أرض جاره اذا كان بحاجة الى ذلك. ولم يكن في امرار الماء مضرة عليه ، وهذا ما ذهب اليه عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة وهو أحد القولين عن الامام أحمد بن حنبل (٢) . وما ذهب اليه

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ١٤ .

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٤٠ .

قال محمد بن الحسن : حدثني مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة كان له خليج في العريض ( وادي في المدينة ) فأراد أن يمر في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عن بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة الانصاري فأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا . فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولا وآخرا وهو لا يضرك . فقال محمد : لا والله . فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك بن خليفة الانصاري الاشهلي : موطأ الامام براوية محمد بن الحسن ج ٤ ص ٣٤ .

عمر بن الخطاب ما هو الا تطبيق لنظرية حديث عرفت بنظرية التعسف في استعمال الحق ، ومن تطبيقاتها أيضا في الفقه الاسلامي الزام أصحاب السلع على بيع سلمهم بقيمة المثل اذا امتنعوا عن البيع الا بأكثر من هذه القيمة وكان في الناس حاجة الى ما عندهم من بضائع ومواد<sup>(١)</sup> . فاستعمال الحق في الشريعة الاسلامية مقيد بعدم الاضرار بالغير ، فلا وجود للحقوق المطلقة في الشريعة الاسلامية فهي مقيدة دائما بحدود الله التي تحقق مصلحة الجماعة وتمنع الضرر عنها .

#### ٦٠ - البرهان الثالث - مصادر الاحكام :

مصادر الاحكام الشرعية تصنف بالمرونة ، فالكتاب والسنة وهما المصدران الاصيلان للشريعة ، جاءت أحكامها على نحو ملائم لكل زمان كما بينا . والاجماع والاجتهاد بأنواعه كالقياس والاستحسان والاستصلاح كلها مصادر مرنة دلت عليها الشريعة وشهدت لها بالاعتبار . وهذه المصادر تمدنا بالاحكام اللازمة لمواجهة الوقائع التي يأت بها نص صريح . وتعتبر الاحكام المستفادة من هذه المصادر جزء من الشريعة باعتبار أن مصادرها مشهود لها بالحجية من قبل الشريعة نفسها .

ومن جميع ما تقدم يتبين لنا صلاحية الشريعة للعموم والبقاء .

#### رابعا - شمول الشريعة :

٦١ - من المعروف أن الشريعة الاسلامية نظام شامل لجميع شؤون الحياة فهي ترسم للانسان سبيل الايمان وتبين له أصول العقيدة وتنظم صلته بربه ، وتأمره بتزكية نفسه ، وتحكم علاقاته مع غيره ، وهكذا لا يخرج من حكم الشريعة أي شيء .

وعلى ضوء هذا الشمول يمكن تقسيم أحكام الشريعة الى ثلاث مجموعات .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٢٢٤ .

الاولى - الاحكام المتعلقة بالعقيدة كالايمان بالله واليوم الآخر وهذه هي الاحكام الاعتقادية ، ومحل دراستها في علم الكلام أو التوحيد .  
والثانية - الاحكام المتعلقة بالاخلاق كوجوب الصدق والامانة والوفاء بالعهد وحرمة الكذب والخيانة ونقض العهد ، وهذه هي الاحكام الاخلاقية .  
ومحل دراستها في علم الاخلاق أو التصوف .  
الثالثة - الاحكام المتعلقة بأقوال وأفعال الانسان في علاقته مع غيره وهذه هي الاحكام العملية ، وقد سميت فيما بعد ( بالفقه ) ومحل دراستها علم الفقه .

٦٢ - والاحكام العملية بالنسبة الى ما تتعلق به تنقسم الى قسمين :  
القسم الاول العبادات كالصلاة والصوم ، والمقصود بها تنظيم علاقة الفرد بربه .

القسم الثاني : العادات أى المعاملات ، وهي التي يقصد بها تنظيم علاقات الافراد فيما بينهم ، وهذه تشمل جميع روابط القانون العام والخاص في الاصطلاح الحديث<sup>(١)</sup> . لان أحكام العادات ( المعاملات ) تنقسم الى ما يأتي :

أ - الاحكام المتعلقة بالاسرة من نكاح وطلاق ونفقة ونسب ونحو ذلك وهي ما يسمى في الوقت الحاضر بقانون الاسرة أو الاحوال الشخصية .  
ب - الاحكام المتعلقة بعلاقات الافراد المالية ومعاملاتهم كالبيع والاجارة والرهن والكفالة ونحو ذلك وهي ما يسمى حاليا بقانون المعاملات أو بالقانون

---

(١) ينقسم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والضابط المميز بين الاثنين وجود الدولة باعتبارها صاحبة السلطان في العلاقات التي ينظمها القانون وهذا هو القانون العام ، أو عدم وجودها فيها ، وهذا هو القانون الخاص : اصول القانون للدكتور السنهوري ص ٢٥٨ .  
واقسام القانون العام هي القانون الدولي العام ، القانون الدستوري والاداري والمالى والجنائى .

واقسام القانون الخاص هي القانون المدنى بنسقيه قانون الاحوال الشخصية وقانون المعاملات المالية ، والقانون التجارى وقانون الميراث المدنية والتجارية والقانون الدولى الخاص .



المدني<sup>(١)</sup> . ومن هذه الاحكام ما يتعلق بالشركات والتفليس والامور التجارية الاخرى التي ينظمها في الوقت الحاضر القانون التجاري .

ج - الاحكام المتعلقة بالقضاء والدعوى والشهادة واليمين وهي تدخل فيما يسمى اليوم بقانون المرافعات .

د - الاحكام المتعلقة بمعاملة الاجانب غير المسلمين « المستأمنين » في الدولة الاسلامية وتنظيم علاقاتهم فيما بينهم أو مع رعايا الدولة الاسلامية ، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي الخاص .

هـ - الاحكام المتعلقة بتنظيم علاقة الدولة الاسلامية بالدول الاخرى في السلم والحرب وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدولي العام .

و - الاحكام المتعلقة بنظام الحكم وقواعده ، وحقوق الافراد في الدولة وعلاقاتهم معها ، وهي تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الدستوري .

ز - الاحكام المتعلقة بموارد الدولة الاسلامية ومصارفها ، وتنظيم العلاقات المالية بين الافراد والدولة وبين الاغنياء والفقراء ، وهي تدخل في القانون المالي .

ح - الاحكام المتعلقة بتحديد علاقة الفرد مع الدولة الاسلامية من جهة الاعمال المنهي عنها ( الجرائم ومقدار عقوبة كل جريمة ) . وهذه تدخل فيما يسمى اليوم بالقانون الجنائي ، أو قانون العقوبات . ويلحق بها الاجراءات التي تتبع في تحقيق الجرائم وانزال العقاب بالمجرمين وهي ما يسمى اليوم بقانون تحقيق الجنايات .

٦٣ - فهذا الشمول الذي جاءت به الشريعة لا نظير له في القوانين الوضعية فهي لا تنظم مسائل العقيدة ولا الاخلاق ولا العبادات . وحتى في جانب العادات ( المعاملات ) الذي تناولته القوانين الوضعية بالتنظيم نجد تنظيم الشريعة له جاء على نحو يميزها عن القوانين الوضعية ،

---

(١) يشمل القانون المدني ، في الاصل مسائل الاحوال الشخصية ولكن معظم هذه المسائل فصلت عن القانون المدني ، في العراق ومصر ، وتركزت للمفقه الاسلامي أو لقوانين استنقبت من الشريعة الاسلامية .

فالجانب الاخلاقي مراعى في الشريعة مراعاة تامة ، ومن مظاهر هذه المراعاة  
تحريم الربا والميسر ، وتحريم الزنى والعقاب عليه • ولزوم الوفاء بالعهود  
من قبل الدولة الاسلامية في علاقاتها مع الدول الاخرى في السلم والحرب ،  
وعدم مجاراتها في الظلم حتى لو انها قتلت رعايا الدولة الاسلامية فيها ، فلا  
يحل للدولة الاسلامية ان تقتل رعايا تلك الدول الداخلين اليها بأمان<sup>(١)</sup> •

٦٤ - والجانب الديني ملاحظ أيضا في المعاملات ، بل هو عنصر  
أصيل فيها ، فهو يكسب الفعل صفة الحل والحرمة بناء على حقيقته الباطنة  
ونية صاحبه وقصده ، فالفعل قد يكون صحيحا في ظاهره لاستيفائه شروط  
الصحة ولكنه يعتبر حراما لمخالفة حقيقته الباطنة ونية وقصد صاحبه لما تأمر  
الشريعة به . كالذي يقصد بالنكاح تحليل المطلقة ثلاثا لمطلقها ، وكالذي  
يدعي دينا على آخر ظلما ويثبت ذلك أمام القضاء • والاصل في تعلق الحقوق  
وثبوت الآثار الشرعية على حقيقة الفعل وكونه حلالا ظاهرا وباطنا ، ولكن  
لما كان الباطن أمرا خفيا يعجز الانسان عن ادراكه أو يتعذر عليه ذلك ،  
ولاجل استقرار الحقوق وجريان الاحكام على أساس أمور ثابتة ومضبوطة  
وظاهرة ، فقد اعتبرت الشريعة الظاهر وجعلت صحته قرينة على صحة  
الباطن وحله ، ومناط لتعلق الحقوق وثبوت الآثار ، ولكن الشيء يبقى بعد

(١) ومن مظاهر الالتزام بالاخلاق عدم جواز تسليم الاجنبي في  
الدولة الاسلامية الى دولته ولو على سبيل المفاداة بأسير مسلم ، لان الاجنبي  
دخل بأمان وعلى الدولة الاسلامية ان تفي بعهدتها له فيبقى آمنا لا يمسه  
سوء فتسليمه بدون رضاه غدر بالامان لا رخصة فيه فلا يجوز : السير  
الكبير للامام محمد بن الحسن الشيباني وشرحه للامام السرخسي : ج ٢ ،  
ص ٣٠٠ • ومن مظاهر العناية بالاخلاق ، ان الاجنبي الداخل الى دار الاسلام  
بأمان تؤخذ منه ضريبة على أمواله التجارية بمقدار ما تأخذه دولته من المسلم  
اذا دخل اليها بأموال تجارية ، ولكن اذا كان المأخوذ من المسلم كل ماله فان  
الدولة الاسلامية لا تفعل ذلك بالنسبة لرعايا تلك الدولة ، ويعمل الفقهاء  
هذا المسلك بأن أخذ أموال الاجنبي ظلم ولا متابعة بالظلم واننا لا نتخلق  
بأخلاقهم وان نتخلقوا هم بها ، بل نهينا عنه كما لو قتلوا الداخل اليهم منا  
بأمان لا نقابلهم بالمثل فلا نقتل من دخل الينا منهم بأمان : الدر المختار :  
ج ٥٦ ، وفتح القدير ج ١ ص ٥٣٤ •

ذلك متصفا بالحل والحرمة بناء على حقيقته الباطنية لان الحكم الظاهر لا يصير  
الحلال حراما ولا الحرام حلالا وبالتالي لا يحل للمسلم أن يبيع لنفسه فعل  
الحرام وان أباح له ذلك القضاء بناء على ظاهر الفعل • ويدل على ما قلناه  
قول النبي عليه السلام « انما أنا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم أن  
يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت  
له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فانما أقطع له قطعة من النار » (١) •  
ولهذا اذا ظهر الباطن ظهورا كافيا وتكشفت حقيقته فالعبرة به لا بالظاهر  
سواء كان هذا الظهور بدلالة الحال أو بشرط في العقد ، فيبوع الآجال التي  
يتوصل بها الى الربا كمن يبيع لآخر سلعة بألف نسيئة ثم يشتريها منه حالا  
بتسعمائة نقدا ، تعتبر باطلة عند أكثر الفقهاء لان حقيقة المعاملة ربا أخذت  
شكل البيع ، وقد دلت القرينة على هذه الحقيقة فلا عبرة بظاهر البيع • وكذا  
نكاح المحلل الذي تدل عليه قرائن الحال نكاح فاسد عند كثير من الفقهاء ،  
ويعتبر فاسدا عند جمهورهم بالشرط فيه (٢) • وسيأتي تفصيل ذلك عند  
الكلام عن نظرية العقد ان شاء الله ولا شك أن مراعاة الجانب الديني في  
المعاملات وما ترتب عليه من وصف الفعل بالحل والحرمة بناء على حقيقته  
وباطنه ، يجعل المسلم لا يقدم على تصرف الا اذا كان حلالا ، وان كان  
القضاء يبيح له ذلك بناء على ظاهر التصرف ، كما يجعله لا يتمسك ولا  
يطالب بشيء لا حق له فيه وان كان يمكن اثبات ذلك امام القضاء • ولا ريب  
ان هذا كله يدعو الى الاطمئنان في المعاملات ، فهناك رقابة دينية على الانسان  
في علاقاته مع الغير زيادة على الرقابة القضائية على هذه العلاقات ، وفي هذا  
أعظم ضمان لحسن تنظيم علاقات الافراد وعدم ضياع الحقوق على اصحابها •

(١) كتاب الام للامام الشافعي ج ٦ ص ٢٠٢ •

(٢) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٥٣ ، ٥٤ ، ، ١٧٤ ، وبداية المجتهد  
لابن رشد ج ١ ص ١١٧ - ١١٩ ، وإقامة الدليل على ابطال التحليل للامام  
ابن تيمية ص ٤ - ٦ ، ٣٤ ، ٣٩ واعلام الموقعين : ج ٣ ص ٨٤ وما بعدها •

## الفصل الثالث

### تعريف الفقه الاسلامي وبيان خصائصه

٦٥ - الفقه في اللغة ، العلم بالشئ ، والفهم له ، كما يعني ادراك غرض المتكلم من كلامه ، ومنه قوله تعالى : « فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثا » <sup>(١)</sup> . وقوله تعالى على لسان نبيه شعيب : قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول » <sup>(٢)</sup> .

٦٦ - ثم أطلق لفظ « الفقه » في الاصطلاح الشرعي على جميع الاحكام الدينية التي جاءت بها الشريعة الاسلامية سواء أكانت هذه الاحكام متعلقة بأمور العقيدة أو بالاخلاق أو بالعبادات أو بالمعاملات . وبهذا المعنى الاصطلاحي لكلمة الفقه ، جاء تعريف الامام أبي حنيفة للفقه الاسلامي بقوله : « هو معرفة النفس ما لها وما عليها » ، فيشمل هذا التعريف الاحكام الاعتقادية كوجوب الايمان بالله تعالى ، والاحكام الوجدانية « الاخلاقية » ، كوجوب الصدق ، والاحكام العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات كوجوب الصيام وابطاحه البيع <sup>(٣)</sup> .

٦٧ - ثم طرأ تغير على مفهوم « الفقه » في الاصطلاح ، فصار يطلق على « العلم بالاحكام الشرعية الثابتة لافعال المكلفين خاصة كالوجوب والحظر - أي الحرمة - والاباحه والندب والكراهة وكون العقد صحيحا أو فاسدا

(١) سورة النساء ، آية ٧٨ .

(٢) سورة هود الآية ٩١ .

(٣) التوضيح في أصول الفقه ج ١ ص ١٠ - ١١ .

أو باطلا ، وكون العبادة قضاء أو أداء وأمثاله ،<sup>(١)</sup> . واشترطوا أن يكون العلم بهذه الاحكام عن طريق النظر والاجتهاد في الادلة الشرعية ، ولهذا قال بعض العلماء في تعريف الفقه بأنه : العلم بالاحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية بالاستدلال ،<sup>(٢)</sup> ، كما أطلقوا كلمة الفقه على هذه الاحكام نفسها . وهذا التعريف هو التعريف المختار ، والمراد بالاحكام الشرعية الاحكام المنسوبة الى الشريعة الاسلامية أي المأخوذة منها رأسا أو بالواسطة . والمقصود بـ « العملية » أي الاحكام الشرعية المتعلقة بما يصدر عن المكلف من عبادات ومعاملات . والمقصود بالمكلف الانسان البالغ العاقل . والادلة التفصيلية هي الادلة الجزئية التي يتعلق كل دليل منها بمسألة معينة وينص على حكم خاص بها مثل قوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا » فهذا دليل تفصيلي أي دليل جزئي يتعلق بمسألة معينة وهي الزنا ويدل على حكم خاص بها ، وهذا الحكم هو حرمة الزنا .

وبهذا المعنى الاصطلاحي الجديد لكلمة الفقه خرجت من مفهومه الاحكام الاعتقادية والاخلاقية وصار مدلوله قاصرا على الاحكام العملية أي على العبادات والمعاملات كما قلنا ، وخرج أيضا من مفهوم الفقه ، حسب التعريف المختار ، الاحكام التي لا تؤخذ بالاستدلال أي بطريق النظر في الادلة التفصيلية والبحث والاجتهاد . فعلم المقلدين بالاحكام لا يسمى فقها لانه غير مكتسب عن طريق النظر والاستدلال ، كما لا يسمى صاحبها فقيها .

والاحكام الشرعية العملية التي تثبت لأفعال المكلفين ، أي تعلق بأفعالهم التي هي من العبادات والمعاملات ، هي :  
أ - الوجوب : ومعنى هذا أن الفعل الذي تعلق به هذا الحكم يلزم المكلف القيام به على وجه الالتزام ، ويسمى هذا الفعل بالواجب . فالواجب

(١) المستصفى للغزالي ج ١ ص ٤ - ٥ .

(٢) التلويح شرح التوضيح ج ١ ص ١٢-١٣ ، مباحث الحكم عند

الاصوليين للاستاذ محمد سلام مذكور ص ١٢ .

هو ما طلب الشارع من المكلف فعله على وجه الحتم والالزام كالصلاة والوفاء بالعقود •

ب - الحرمة : ومعنى هذا الحكم أن الفعل الذي تعلق به يلزم المكلف تركه على وجه الحتم والالزام ، ويسمى هذا الفعل المطلوب تركه الزاماً بالمحرم • فالمحرم ، اذن ، هو ما طلب الشارع تركه على وجه الالزام كالزنا والسرقة •

ج - الندب : أي طلب الشارع القيام بالفعل على وجه التفضيل والترجيح لا الالزام ، ويسمى الفعل الذي تعلق به هذا الحكم بالمندوب ، فالمندوب ما طلب الشارع فعله على وجه التفضيل لا الالزام ، مثل كسب الدين حفظاً لحقوق الدائن •

د - الكراهة : طلب الشارع ترك الفعل على وجه الترجيح لا الالزام ، ويسمى الفعل الذي تعلق به هذا الحكم بالمكروه • فالمكروه ما طلب الشارع تركه على وجه الترجيح لا الالزام ، مثل إيقاع الطلاق بلا مبرر كاف •

هـ - الإباحة : ويعني هذا الحكم تخيير المكلف بين القيام بالفعل الذي تعلق به هذا الحكم وبين تركه • والفعل المخير بين تركه والقيام به يسمى بالمباح مثل الأكل والشرب والقيام والعقود ومباشرة سائر التصرفات الشرعية •

و - الصحة : حكم شرعي يتعلق بالأفعال التي يقوم بها المكلف على الوجه الذي قرره الشريعة الإسلامية ويسمى الفعل في هذه الحالة بالصحيح • والصحيح تترتب عليه آثاره الشرعية سواء أكان من العبادات أو العقود والتصرفات •

ز - البطلان : حكم شرعي يلحق أفعال المكلفين إذا جاؤا بها على غير الوجه المشروع ، ويسمى الفعل في هذه الحالة بالباطل • والباطل لا تترتب عليه الآثار الشرعية التي تترتب على الصحيح •

٦٨ - ثم طرأ تحول في إطلاق كلمة « الفقه » ، فصار هذا الاسم في عرف الفقهاء يطلق على جميع الأحكام الشرعية العملية الثابتة لأفعال المكلفين

سواء أكانت تلك الأحكام معروفة من الدين بالضرورة ولا تحتاج الى نظر واجتهاد كوجوب الصلاة وحرمة الزنا ، أم كانت تلك الأحكام مستفادة عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة ، أم كانت تلك الأحكام مستفادة عن طريق التقليد للفقهاء . فالأحكام الشرعية التي تكتسب من جميع هذه الطرق أصبحت تسمى فقها والعارف بها يسمى فقيها سواء اكتسبها عن طريق النظر والاجتهاد أو عن طريق التقليد<sup>(١)</sup> .

#### ٦٩ - علاقة الفقه بالشريعة :

فلنا ان الشريعة الإسلامية تشتمل على جميع الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة أو الأخلاق أو العبادات أو المعاملات . أما الفقه فلا يعنى إلا بالأحكام العملية أي أحكام العبادات والمعاملات ، وعلى هذا فالفقه لا يشتمل إلا على الأحكام العملية ومن ثم فالشريعة أعم وأكثر شمولاً لأنها تشتمل على جميع الأحكام .

والفقه ، وهو معرفة الأحكام الشرعية العملية ، يعتمد على نصوص الشريعة أي على القرآن والسنة النبوية ، كما يعتمد على المصادر التي شهدت لها الشريعة بالصحة والاعتبار كمصدر الإجماع والقياس . فلولاً أن الشريعة شهدت لهذه المصادر بالحجية والاعتبار لما أمكن الفقيه أن يستمد منها الأحكام الشرعية .

والشريعة الإسلامية ، وهي الأحكام المنزلة من الله تعالى على نبيه محمد (ص) في القرآن أو السنة النبوية ، تقوم على الوحي الإلهي ، فهي تشريع إلهي ، لا مجال فيه لرأي الإنسان ، وتحرم مخالفته . أما الفقه الإسلامي فليس كله كذلك ، وبيان هذا أن الأحكام الفقهية نوعان :

النوع الأول : ما يضاف فيه جانب الرأي والاجتهاد أو ينعدم كمعرفة الأحكام المعروفة من الدين بالضرورة والتي لا يجهلها أحد كوجوب الصلاة

---

(١) مذكرات في تاريخ الفقه للاستاذ الشيخ محمد فرج السنهوزي ص ٤ .

الشريعة الإسلامية (م-٥)

وحرمة الزنا أو التي تستفاد من النص الشرعي رأسا بلا أي كلفه أو بحث أو اجتهاد لظهور هذه الأحكام من النصوص الشرعية مثل حرمة نكاح الأمهات التي ورد بها النص الشرعي : « حرمت عليكم أمهاتكم » . وهذه الأحكام الفقهية تعتبر جزءا من الشريعة الإسلامية ، أي تعتبر تشريعا آلهيا ومن ثم لا تجوز مخالفته .

النوع الثاني : من الأحكام الفقهية ، هو ما يغلب عليه جانب الرأي والاجتهاد . وهذا النوع من الأحكام لا يعتبر جزءا من الشريعة الإسلامية بمعناها الاصطلاحي ، أي لا يعتبر من قيل التشريع الإلهي الذي لا تجوز مخالفته ، بل تسوغ هذه المخالفة ما دامت مستندة إلى دليل أقوى من دليل الرأي الفقهي المتروك أو مستندة إلى اجتهاد أقرب إلى روح النصوص ، لأن المخالفة المجردة من ذلك تعتبر من قيل اتباع الهوى ، والهوى لا يجوز أن يكون مستندا للأحكام . وهذا النوع من الأحكام أكثر من النوع الأول لكثرة الوقائع وتجديدها . ومع هذا فإن الفقه الإسلامي بمجموعه يبقى مصبوغا بالصبغة الدينية لأنه قائم على الشريعة الإسلامية ومبادئها وقواعدها وداخل في نطاقها العام ودائر في فلكها . ولهذا فإن آراء الفقهاء الاجتهادية تعتبر سائنة ومحل تقدير واحترام المسلمين .

#### ٧٠ - خصائص الفقه الإسلامي :

الفقه الإسلامي قام على أساس الشريعة الإسلامية ، ومن ثم فله صبغة دينية تدعو إلى احترامه وعدم مخالفته . والجزاء فيه دنيوي وآخروي ، كما قلنا في خصائص الشريعة الإسلامية ، لأن هذا الجزاء وصف ثابت للأحكام الشرعية . وله صفة الشمول ولكن على نحو أقل مما للشريعة ، وأكثر مما للقوانين الوضعية ، فهو ينظم المعاملات والعبادات ومن هنا كان نظاما للدين والدنيا . وجانب الأخلاق مراعى فيه تمام الرعاية . والجانب الديني عنصر أصيل في جميع تنظيماته المدنية ، وعلى أساسه يكسب الفعل من العبادات أو المعاملات وصف الحل أو الحرمة على النحو الذي يبيته في كلامنا عن الشريعة وخصائصها .



٧١ - ويمتاز الفقه الاسلامي بمرونته وقابليته للبقاء بسبب وفائه بحاجات الناس ومصالحهم المشروعة . وهذه الخصيصة ، بالحقيقة ، دليل على صلاحية الشريعة الاسلامية للعموم والبقاء ، لان الفقه الاسلامي ، ليس الا وجهها من وجوه الفهم والتفسير والبيان لنصوص الشريعة وآحكامها ، وتطبيقا لمبادئها وقواعدها على جزئيات الوقائع والاحداث حسب الازمنة والامكنة ومصالح الناس .

ومصادر الفقه ، وهي التي صرحت بها الشريعة الاسلامية ، أو دلت عليها أو أوامأت اليها ، من المرونة والسعة بحيث تمدنا بجميع الاحكام اللازمة لمواجهة مقتضيات الحياة المتجددة ، وبهذا يكون الفقه حيا ناميا متحركا وان كانت أصوله وقواعده ومبادئه ثابتة لا تتغير ولا تتبدل . فالمصالح المرسله ، مثلا مصدر خصب من مصادر الفقه ، يسعنا بالاحكام المحققة للمصالح التي لم تأت الشريعة الاسلامية بنص صريح لتحصيلها ولم يقم دليل على الغائها ، مثل جمع القرآن في زمن أبي بكر لما رأى المصلحة في ذلك ، وذهاب فقهاء الصحابة الى تضمين الصناعات وقال في ذلك سيدنا علي : « لا يصلح الناس الا ذاك » ومثل رأي عمر ، وتبعه الصحابة فيه ، ان الجماعة تقتل بالواحد ، واتخاذ السجن ، وتدوينه الدواوين ، وأخذ شطرا من أموال ولايته وردّها الى بيت المال اذا رأى أن ما اكتسبه كان بسبب ولايتهم ومحابة الناس لهم بسبب سلطانهم<sup>(١)</sup> . وعلى هذا النهج سار الأئمة في ايجاد الاحكام بناء على المصلحة ، فالامام مالك أجاز بيعه المفضول مع وجود الفاضل ، وتولية الحكم للفاضل مع وجود من هو أولى منه لان بطلان ولايته يؤدي الى فساد واضطراب وفوات مصالح كثيرة على الناس ، ومثلها عند المالكية ، جواز فرض الضرائب على الاغنياء اذا خلا بيت المال ووجدت حاجة الى المال<sup>(٢)</sup> .

فالمصالح المرسله أصل عظيم ومصدر خصب للفقه الاسلامي ، وعلى

(١) الطرق الحكيمة لابن القيم ص ١٦ .

(٢) استاذنا أبو زهرة ، في كتاب مالك ص ١٤٠٠-٤٠١ .

أساسه يمكن لولي الامر ( الحكومة ) أن توجد النظم الضرورية للدولة التي تحقق الخير والمصلحة للناس ، وإن لم يرد بهذه النظم نص صريح في الشريعة ما دامت لا تخالف ما نطق به الشرع ، لأن السياسة العادلة وتحقيق العدل والمصلحة يعتبر من الشريعة لا خارجا عنها<sup>(١)</sup> ومن أمثلة ذلك فرض التسعير إذا أمتع التجار عن بيع ما عندهم الا بأكثر من قيمة المثل وكان في الناس حاجة الى ما عندهم ، ومنه أيضا حمل أرباب الصناعات والحرف على العمل بأجرة المثل إذا امتنوا عن العمل وكان في الناس حاجة لصناعاتهم وأعمالهم<sup>(٢)</sup> .

٧٢ - والعرف ، وهو ما اعتاده الناس وجروا عليه في أمورهم ، أصل فقهي تبني عليه الاحكام ويؤثر في بقائها وتطبيقها . فعقد الاستصناع أجيز لجريان التعامل به واعتياد الناس عليه ، وتحقيق الحاجة اليه . ودخول الحمام أجيز لجريان العرف بذلك واقرار العلماء له ، مع أنه اجارة مع مجهولية مدة المكث في الحمام ومقدار الماء المستهلك . ووقف المنقول يجوز اذا جرى به العرف ، وهذا هو ما ذهب اليه صاحب أبي خيفة الامام محمد بن الحسن الشيباني . ومنه صحة الشرط الذي جرى به العرف فيصح شراء ساعة مع اشتراط تصليحها من قبل البائع لمدة معينة ، وما يعتبر قادحا في العدالة مخلا بالمرومة ينظر فيه الى العرف . وما يعتبر عيبا ويرد فيه المبيع ينظر فيه الى العرف أيضا حتى اذا تغير العرف بحيث لم يعد ما كان عيبا مقبورا من العيوب فان البيع لا يرد به<sup>(٣)</sup> . ومن ملاحظة جانب العرف جاءت القواعد الفقهية ( المعروف عرفا كالمشروط شرطا ) والمعروف بين التجار كالمشروط فيما بينهم . « والعادة محكمة » كما سنبينه فيما بعد .

٧٣ - والاجماع هو الآخر مصدر فقهي واسع يجعل الفقه في حالة نمو مستمر وصلاحيّة دائمة للبقاء ، ومنه اتفاق المجتهدين على حكم رافعة

(١) الطرق الحكمية ص ١٣ ، ١٤ .  
(٢) المرجع السابق ص ٢٢٦ ، ٢٤٠ .  
(٣) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٦٦ .

لم يرد نص بشأنها كما سيأتي بيانه فيما بعد ، ولا شك أن المجتهدين يلاحظون المصلحة وعادة الناس في الواقعة التي يريدون استنباط الحكم لها والاجماع عليها •

ومن هذا كله ، نقول مطمئنين ان الفقه الاسلامي بمصادره ومقوماته واستاده الى الشريعة ، يفي كل الوفاء بجميع حاجات الناس والافراد والدولة •

## الفصل الرابع

### علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السابقة

تمهيد :

٧٤ - سبقت الشريعة الإسلامية شرائع كثيرة منها المنزلة من عند الله وهذه هي الشرائع الآلهية أو السماوية ، ومنها الموضوعة من قبل البشر وهذه هي الشرائع الوضعية . ونريد أن نبين وجه العلاقة بين الشريعة الإسلامية وبين هذه الشرائع بنوعها . وقد اخترنا القانون الروماني كشريعة وضعية عند الكلام عن علاقة الشريعة بالشرائع الوضعية لأن القانون الروماني هو القانون القديم الذي كان له أكبر الأثر في القوانين اللاحقة عليه ، ولأن الجدل لا يزال موجودا بين المستشرقين وغيرهم عن مدى تأثير الشريعة بالقانون الروماني . ولهذا سنقسم هذا الفصل الى مبحثين : ( الاول ) عن علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السماوية . و ( الثاني ) عن علاقة الشريعة بالقانون الروماني .

### المبحث الأول

#### علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السماوية

٧٥ - الشرائع السماوية كثيرة ، اذ لم تخل أمة قط من رسول أرسله الله اليها بلفها تشريعه وأحكامه ، قال تعالى : « وان من أمة الا خلا فيها نذير » (١) . وجميع هذه الشرائع الآلهية تتفق وتتشابه في أصول الدين وأمور العقيدة مثل الايمان بالله تعالى وافراده بالعبادة ، والاخلاص له بالعمل ، والايمان باليوم الآخر والاستعداد له بالعمل الصالح ، ونبذ الشرك قال تعالى : « وما أرسلنا من قبلك من رسول الا نوحي اليه أنه لا اله الا أنا

(١) سورة فاطر ، الآية ٢٤ .

فاعبدون»<sup>(١)</sup> . وفي آية أخرى : « ولقد بعثنا في كل أمة رسولا أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت »<sup>(٢)</sup> . وقال تعالى : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه .. »<sup>(٣)</sup> . فالشرائع السماوية واحدة في مصدرها وفي أصول العقيدة ومقاصد التشريع العامة ، ولكنها تختلف في الاحكام العملية والتفصيلات الجزئية المنظمة لعلاقات الافراد بخالقهم ، أو بعلاقاتهم فيما بينهم ، قال تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا »<sup>(٤)</sup> ، ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون »<sup>(٥)</sup> ، وما الشريعة الا الفرائض والحدود والأمر والنهي ، كما روى الامام ابن جرير الطبري عن قتادة ، أي الاحكام العملية المنظمة لشؤون الافراد<sup>(٦)</sup> . وهذه الاحكام هي التي قد يرد عليها النسخ فينسخ لاحقا سابقها ، وقد يبقى الحكم نفسه بلا نسخ في الشريعة اللاحقة كالقصاص كان في شريعة التوراة وبقي في شريعة القرآن<sup>(٧)</sup> .

٧٦ - وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نجمل أوجه العلاقة بين الشريعة الاسلامية وغيرها من الشرائع السماوية السابقة بما يأتي :

أولا - وحدة المصدر : فجميع الشرائع السماوية ومنها الاسلامية مصدرها واحد هو الله تعالى فهو منزلها ومشرع أحكامها ، وما وظيفة الرسل الا القيام بتبليغها الى الناس .

ثانيا - وحدة الاصول والمقاصد : جميع الشرائع السماوية متشابهة في الدعوة الى أصول العقيدة ومتشابهة في مقاصد التشريع العامة كتركية النفس

- 
- (١) سورة الانبياء ، الآية ٢٥ .
  - (٢) سورة النحل ، الآية ٣٦ .
  - (٣) سورة الشورى ، الآية ١٣ .
  - (٤) سورة المائدة ، الآية ٤٨ .
  - (٥) سورة العنكبوت ، الآية ١٨ .
  - (٦) تفسير المنار ، ج ٦ ص ٤١٤ .
  - (٧) اصول الفقه للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٩٢ .

بالاعمال الصالحة ، والحرص على هداية الناس الى الصراط المستقيم )  
وتحقيق الخير والصلاح لهم في الدنيا ، والسعادة في الآخرة<sup>(١)</sup> .

ثالثا - الشريعة الاسلامية ناسخة لما قبلها : الشريعة الاسلامية باعتبارها خاتمة الشرائع فهي ناسخة لما سبقها ، وهي وحدها دون غيرها واجبة الاتباع قال تعالى : « وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيئنا عليه فاحكم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا »<sup>(٢)</sup> أي أنزلنا اليك هذا القرآن الذي اكملنا به الدين فاحكم بين أهل الشرائع السابقة - كما تحكم بين المسلمين - بما أنزل الله اليك من الاحكام لا بما أنزله الله الى الامم السابقة من أحكام لان الشريعة الاسلامية ناسخة لشرائعهم<sup>(٣)</sup> .

رابعا - ان الاحكام الموجودة في الشريعة الاسلامية كلها قائمة على الوحي الالهي الى رسوله محمد (ص) وليست مأخوذة من الشرائع السابقة ، لان الرسول (ص) لا يتبع الا ما يوحى اليه من ربه ، قال تعالى : « قل انما أتبع ما يوحى الي من ربي »<sup>(٤)</sup> ( ان أتبع الا ما يوحى الي )<sup>(٥)</sup> ، وعلى هذا فان التشابه بين بعض أحكام الشريعة الاسلامية وبين احكام الشرائع السماوية السابقة يعني أن الله تعالى شرعها في الاسلام كما شرعها للامم السابقة ، كما في فريضة الصوم فقد جاء في القرآن الكريم : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون »<sup>(٦)</sup> ، فنحن مخاطبون بأحكام الشريعة الاسلامية بنزولها علينا لا بكونها شرعت لمن قبلنا<sup>(٧)</sup> .

(١) تفسير المنار ج ٥ ص ٣٦ ، ١٤٤ ج ٦ ص ٤١٧ .

(٢) سورة المائدة ، الآية ٤٨ .

(٣) تفسير المنار ، ج ٦ ص ٤١٢ .

(٤) سورة الانعام ، الآية ٢٠٣ .

(٥) سورة الانعام ، الآية ٥٠ .

(٦) سورة البقرة ، الآية ١٨٣ .

(٧) تفسير المنار ج ٦ ص ٤١٦-٤١٧ .

خامسا - ان أحكام الشرائع السابقة التي أشار اليها القرآن أو السنة دون انكار أو اقرار ولم يقم دليل على نسخها في حقنا لا تعتبر تشريعا لنا ولا جزء من الشريعة الاسلامية ، وهذا على رأي جمهور الفقهاء ، وذهب البعض الى أنها تعتبر جزء من شريعتنا . والرأي الاول هو الراجح لان الآيات القرآنية تشير الى أن الواجب هو اتباع ما أنزله الله على رسوله محمد (ص) ، كما بينت هذه الآيات بأن لكل رسول تشريعا خاصا يبلغه الى الناس « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ، وسيأتي زيادة بسط وايضاح لهذه المسألة عند الكلام عن شرع من قبلنا وهل يعتبر من مصادر الفقه الاسلامي أم لا .

## المبحث الثاني

### علاقة الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني

تمهيد :

٧ - ظهر الاسلام في بلاد العرب ، ومنها انطلق العرب ، بعد اسلامهم ، الى البلاد المجاورة والبعيدة فتم لهم فتحها والسيطرة عليها بعمدة وجيزة . ومن هذه البلاد المفتوحة الاقاليم التي كانت خاضعة للدولة الرومانية الشرقية كالشام ومصر وغيرها . وقد ترتب على هذا الفتح أن حلت الشريعة الاسلامية محل القانون الروماني الذي كان مطبقا في تلك الاقاليم . ومن أجل هذا أثبت مسألة علاقة الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني . فذهب معظم المستشرقين الى القول بتأثر الشريعة بالقانون الروماني على اختلاف فيما بينهم في مدى هذا التأثير . فذهب فريق منهم الى أن الشريعة مستمدة من القانون الروماني ، فهو ، عندهم مصدرها ، وعلى أساس قواعده أقام فقهاء الشريعة الاسلامية كيانها القانوني ، ومن هذا الفريق المستشرق جولد زيهر Goldziher وفون كريم Von Kremer وشيلدون آموس Scheldon Amos . ومن أقوال هذا الاخير : « ان

الشرع المحمدي ليس الا القانون الروماني للامبراطورية الشريفة معدلا وفق الاحوال السياسية في الممتلكات العربية ، • وقوله : « القانون المحمدي ليس سوى قانون جستنيان في لباس عربي » ،<sup>(١)</sup> • وقال فريق آخر من القائلين بنظرية التأثير ان الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الروماني في بعض أحكامها • ولكن بعد ظهور نظرية تأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني بصفة وجيزة ظهر رأي يذهب الى عكس هذه النظرية وينفي تأثير الشريعة بالقانون الروماني • ومن اصحاب هذا الرأي بعض المستشرقين مثل المستشرق الايطالي نالينو Nallion والاستاذ فيتز جيرالد Fitzgerald وحمل لواء هذا الرأي بعض اعلام القانون والفقه في مصر مثل الاستاذ على البدوي ، والدكتور عبدالرزاق السنهوري ، والدكتور شفيق شحاته ، والدكتور محمد يوسف موسى ، والاستاذ محمد سلام مذكور • وآخرين فان هناك رأيا ثالثا في هذه المسألة يذهب الى تأثير القانون الروماني بالشريعة الاسلامية ، وستعرض الى هذا الرأي الثالث في خاتمة هذا البحث • وأذكر فيما يلي أدلة القائلين بتأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني ثم آيين ما يرد عليها من نقد أو اعتراض أو تضعيف • وبهذه المناقشة سيظهر وجه الحق في هذه المسألة •

#### أدلة القائلين بتأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني

٧٨ - استدلل القائلون بتأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني بجملة أدلة<sup>(٢)</sup> ، نذكرها فيما يلي ثم تتبعها بالمناقشة :

أولا - قالوا ان النبي محمد (ص) كان على معرفة واسعة بالقانون الروماني البيزنطي المطبق في الامبراطورية الرومانية الشرقية ، وعن طريق هذه المعرفة تسربت قواعد هذا القانون الى الشريعة الاسلامية •

(١) الدكتور صوفي حسن ابو طالب ، بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ص ٦ ، والدكتور صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، ص ١٨٨ •

(٢) الاستاذ أحمد أمين ، فجر الاسلام ج ١ ص ٣٠٣ ، الدكتور صوفي حسن ابو طالب ، المرجع السابق ، ص ١٠ وما بعدها •



ثانيا - وقالوا كانت مدارس للقانون الروماني في قيصرية وبيروت والقسطنطينية والاسكندرية وكذلك وجدت محاكم في أقاليم الدولة الرومانية تسير في نظامها حسب القانون الروماني وتطبق أحكامه ، وقد بقيت هذه المحاكم وتلك المدارس بعد الفتح الاسلامي ، مما أدى الى وقوف الفقهاء المسلمين على أحكام هذه المحاكم وتعرفهم على آراء فقهاء تلك المدارس فنقلوا هذه الآراء والأحكام الى أحكام الفقه الاسلامي . وزعموا أن أكثر الفقهاء المسلمين تأثروا بما ذكرنا الامام الاوزاعي والامام الشافعي .

ثالثا - وقالوا ان فقهاء الشريعة انتشروا في بلاد الامبراطورية الرومانية بعد فتحها ، وقد مكنهم هذا الانتشار من مخالطة العارفين بالقانون الروماني والاطلاع على أحكامه ، وحيث أن أهل البلاد المفتوحة قد تمودوا على هذا القانون وألفوه ، فان فقهاء الشريعة احتضنوا قواعده التي لم تعرفها الشريعة وطبقوها على العلاقات القانونية التي كانت سائدة في تلك البلاد رعاية لما ألفه الناس .

رابعا - وقالوا ان القانون الروماني أثر بصورة غير مباشرة في الشريعة الاسلامية عن طريق القانون الجاهلي وكتاب التلمود اليهودي ، وهو كتاب فقه الشريعة اليهودية ، وبيان ذلك أن القانون الجاهلي تأثر بالقانون الروماني فسربت اليه بعض قواعد هذا الاخير كما تسربت الى التلمود ، وحيث أن الشريعة الاسلامية أقرت بعض نظم عرب الجاهلية فقد تسربت بعض قواعد القانون الروماني بهذا الطريق الى أحكام الشريعة الاسلامية ، وكذلك أخذ فقهاء الشريعة بعض ما في التلمود من أحكام مما أدى الى تسرب بعض أحكام القانون الروماني الموجودة في التلمود الى الشريعة الاسلامية .

خامسا - وقالوا ، ومن الأدلة الظاهرة على تأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني ، ما نلاحظه من تشابه في النظم القانونية والأحكام والقواعد الموجودة في الشريعة وفي القانون الروماني . وهذا يعني أن الشريعة اللاحقة - أي الشريعة الاسلامية - هي التي اقتبست هذه النظم والأحكام من

الشرية السابقة - أي القانون الروماني - لان اللاحق هو الذي يقتبس  
من السابق وليس العكس \*

#### نقد هذه الادلة ومناقشتها

##### ٧٩ - مناقشة الدليل الاول ونقصه :

زعمهم أن النبي (ص) كان على علم بالقانون الروماني زعم باطل  
ودليل هالك لا اثاره عليه من علم ولا تحقيق . فمن المعروف ان النبي (ص)  
ولد في بيت عربي أصيل وفي مكة وهي بلد عربي خالص لا أثر فيه للتقاليد  
الرومانية ولا للقانون الروماني ، ولا يوجد فيها من يعرفه . والنبي (ص)  
لم يغادر مكة الى خارج الجزيرة العربية الا مرتين قبل البعثة ، الاولى وهو  
ابن اثني عشرة سنة وقيل ابن تسع سنين ، خرج به عمه أبو طالب الى الشام  
في تجارة فبلغ به بصرى . والثانية خروجه الى الشام في تجارة لخديجة  
وكان معه غلامها ميسرة وكانت سنة آنذاك خمسا وعشرين سنة . وقد  
وصل النبي (ص) في هذه الرحلة الى بصرى وما لبث فيها الا قليلا حتى  
رجع الى مكة<sup>(١)</sup> . ولم يرافقه في هاتين الزحلتين الا عرب خالص لا معرفة  
لهم بالقانون الروماني كما لم يخالطه في بصرى أحد من علماء القانون  
الروماني أو العارفين به ، ولم يكن هناك أي سبب يدعو حكام الدولة  
الرومانية أو أحد فقهاءها لتعليم النبي محمد (ص) قبل البعثة قواعد  
القانون الروماني في مدة مكثه في بصرى ، ولم تجر العادة بوقوع  
مثل هذا التعليم مع التجار العرب القادمين الى الشام في رحلاتهم  
المتعددة . وأيضا فان النبي (ص) لا يتصور منه الاطلاع على القانون  
الروماني مكتوبا ، لانه كان لا يعرف القراءة والكتابة ، قال تعالى : « وما كنت  
تلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك اذن لارتاب المبطلون ،<sup>(٢)</sup>  
والشرية الاسلامية بعد هذا وذاك وحى من عند الله فمن المستحيل أن  
يختلط بهذا الوحي شيء من القانون الروماني أو غيره لا سهوا ولا تعمدا  
من الرسول لان الله قد تولى حفظها . قال تعالى : « انا نحن نزلنا الذكر

(١) المقرئزي ، امتاع الاسماع ، ج ١ ص ٨٩ .

(٢) سورة العنكبوت ، الآية ٤٨ .

وانا له لحافظون ،<sup>(١)</sup> . وقال تعالى عن نبيه : « ولو تقول علينا بعض الاقاويل  
لاخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين » ،<sup>(٢)</sup> .

٨٠ - ثانيا - مناقشة الدليل الثاني ونقضه :

احتجاجهم بمدارس القانون الروماني والمحاكم ، الى آخر ما فالوه في  
دليلهم الثاني ، احتجاج هزيل لا أساس له من الصحة ، ووقائع التاريخ  
تدحضه . فمن الثابت تاريخياً أن الامبراطور الروماني جستيان قرر بموجب  
دستور أصدره في ١٦ ديسمبر سنة ٥٣٣م الغاء جميع مدارس القانون  
الروماني في الامبراطورية الرامانية عدا مدرسة روما والقسطنطينية  
وبيروت<sup>(٣)</sup> . ولم يكن لواحدة من هذه المدارس تأثير في الفقه الاسلامي  
ولا في الفقهاء المسلمين . فادعاء البعض بتأثير الفقهاء المسلمين بمدرسة  
الاسكندرية ادعاء باطل قطعاً لفلق هذه المدرسة بموجب دستور جستيان  
السالف الذكر قبل فتح المسلمين لها الذي تم في سنة ٦٤٩م . أما مدرسة  
روما ومدرسة القسطنطينية فلم يكن لهما أيضاً أي تأثير لان روما لم يفتحها  
المسلمون ، والقسطنطينية لم يفتحوها الا في سنة ١٤٩٣م ، وقبل فتحها ما  
كانت العلاقات ودية بينها وبين الدولة الاسلامية حتى تسمح لفقهاء الشريعة  
الاسلامية بالوصول اليها والاطلاع على ما يدرس فيها حتى يحصل التأثير  
بها . وأما مدرسة بيروت فمن الثابت تاريخياً انها اندثرت قبل الفتح  
الاسلامي بما يزيد على ثلاثة أرباع القرن<sup>(٤)</sup> ، فلا يتصور تأثير مدرسة مندثرة  
لا وجود لها في الفقه الاسلامي . وعلى أساس هذه الواقعة التاريخية المادية  
يتبين بطلان ادعائهم بتأثير الفقيه الاسلامي الامام الاوزاعي والامام الشافعي  
بمدرسة بيروت وآراء فقهاءها . ونضيف هنا أن الامام الاوزاعي ، كما يدل  
عليه فقهه المنقول عنه في كتاب الام للشافعي وغيره ، ان هذا الفقيه يعتبر من  
فقهاء مدرسة أهل الحديث لا من مدرسة أهل الرأي ، وفقهاء مدرسة الحديث

(١) سورة الحجر ، الآية ٩ .

(٢) سورة الحاقة ، الآية ٤٤ - ٤٥ .

(٣) الدكتور صوفي حسن أبو طالب ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

(٤) الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

أبعد الناس تأثراً بالقانون الروماني على فرض علمهم به • والامام الشافعي ولد في غزة ثم نقله أهله وهو رضيع أو بعد فطامه الى مكة حيث نشأ هناك وأخذ شيئاً من الفقه عن علمائها ، ثم ارتحل الى المدينة وصحب الامام مالك بن اس وتفقّه عليه ، ثم ارتحل الى اليمن واطلع على فقه هذا البلد ، ثم ذهب الى العراق والتقى بالامام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة وسمع منه فقه الحنفية ثم استقر في مصر قبل وفاته باربع أو خمس سنوات<sup>(١)</sup> • ومن هذا نعلم أن الشافعي تفقه ونضج فقهه في مدن بعيدة عن مراكز القانون الروماني فلا يتصور تأثره به أو اطلاعه عليه •

أما ادعاء بقاء المحاكم الرومانية بعد الفتح الاسلامي فغير صحيح لان سلطة القضاء في الدولة الاسلامية بيد المحاكم الوطنية • الاسلامية • لا الاجنبية •

٨١ - ثالثاً : مناقشة دليلهم الثالث ونقضه :

وهذا الدليل كما بينا ، يتضمن شيئين : ( الاول ) ان فقهاء الشريعة بانتشارهم في الاقاليم الرومانية المفتوحة تمكنوا من الاطلاع على القوانين الروماني • و ( الثاني ) انهم طبقوا قواعد القانون الروماني التي لم تعرفها الشريعة على العلاقات السائدة آنذاك رعاية لما ألفه أهل تلك البلاد من تطبيق هذا القانون •

وهذا الدليل بشقيه دليل ميت لا يقوى على النهوض لاسناد ما زعموه ، فقد بينا عند مناقشتنا للدليل الثاني عدم تأثر فقهاء الشريعة الاسلامية بمدارس القانون الروماني المزعومة ، ونضيف هنا أن انتشارهم في البلاد الرومانية المفتوحة لم يمكنهم من التعرف على القانون الروماني ، فمن الثابت أن فقهاء الشريعة لم يطلعوا على هذا القانون ولو انهم عرفوا منه شيئاً لاشاؤوا اليه في كتبهم الفقهية مؤيدين أو منكرين كما فعلوا فيما أخذوه من علوم الفلسفة والادب والطب عن غيرهم من اليونان والفرس<sup>(٢)</sup> ، كما أنه لم تترجم

(١) سنذكر شيئاً عن حياة الشافعي وفقهه فيما بعد •

(٢) الموجز في تاريخ القانون للاستاذ عبدالرحمن البزاز ص ٢٧١ ، وفلسفة التشريع في الاسلام للدكتور صبحي محمصاني ص ١٩٥ •

نصوص القانون الروماني ولا شروحه الى اللغة العربية لا من قبل فقهاء  
 انشريعة ولا من غيرهم ، ولو انه حصل شيء من ذلك لعرف ذلك عنهم  
 ولحفظ لنا التاريخ كتابا واحدا أو رسالة واحدة نقلوها الى العربية من  
 قانون الرومان كما بقي لنا الكثير مما نقلوه من تراث الفرس الادبي والعلمي  
 بجانب ما نقلوه من تراث اليونان<sup>(١)</sup> . والسبب في هذا الموقف السلبي من  
 فقهاء الشريعة ازاء القانون الروماني واعراضهم عنه وعدم الاهتمام به ، هو  
 اعتقادهم بحق ان الشريعة الاسلامية هي التشريع الكامل والقانون العادل  
 الذي يحقق الخير والمصلحة والعدالة للناس ، لانه قائم على أساس الوحي  
 الالهي ، ولهذا لم يشعروا بحاجة الى دراسة القانون الروماني ، بل ولم  
 يروا داعيا الى مجرد الاطلاع عليه .

والشق الثاني من دليلهم باطل أيضا ، لان الفقهاء المسلمين لم يعرفوا  
 القانون الروماني كما قلنا ، ولو عرفوه لما طبقوه ، لان الشريعة الاسلامية  
 هي القانون الواجب التطبيق في دار الاسلام بالنسبة لجميع العلاقات القانونية  
 بين جميع المواطنين والمقيمين في دار الاسلام<sup>(٢)</sup> ، فلا يسع القاضي المسلم أن  
 يحكم بغير الشريعة الاسلامية ، وكذلك لا يسع الفقيه المسلم أن يفتي بغير  
 أحكام هذه الشريعة . وعلى هذا دل القرآن في آياته الكثيرة ، منها « ومن  
 لم يحكم بما أنزل الله فاولئك هم الكافرون »<sup>(٣)</sup> ، « وأنزلنا اليك الكتاب  
 بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيئنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل  
 الله »<sup>(٤)</sup> ، « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم »<sup>(٥)</sup> . وهذه  
 الآيات وغيرها تفيد وجوب الحكم بما أنزل الله أي بالشريعة الاسلامية دون  
 غيرها ، وبهذا قال المفسرون<sup>(٦)</sup> ، وعليه اجماع الفقهاء من مختلف المذاهب

(١) الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٨٧ .

(٢) كتابنا احكام النعمين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٥٩٢-٥٩٤ .

(٣) سورة المائدة ، الآية ٤٤ .

(٤) سورة المائدة ، الآية ٤٨ .

(٥) سورة المائدة ، الآية ٤٩ .

(٦) تفسير الطبري ج ٦ ص ٢٦٨ ، تفسير الرازي ج ١٢ ص ١١ .

تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦١ ، ٦٦ ، تفسير المنار ج ٦ ص ٣٣٩-٤٠٧ ، ٤٢٠ .

تفسير القرطبي ج ٦ ص ٢٨٦ .

إسلامية<sup>(١)</sup> ، فلا يتصور الحكم بالقانون الروماني في ديار الإسلام من قبل الفقهاء المسلمين أو قضاتهم • وإذا فرض أن هناك بعض العلاقات القانونية والوقائع الجديدة التي صادفت الفقهاء في تلك البلاد وليس لها حكم صريح في نصوص الكتاب والسنة ، فإن الفقهاء يتلمسون الأحكام الشرعية لها من مصادر الفقه التي أرشدت إليها الشريعة كالإجماع والقياس ، وليس من هذه المصادر الإحالة إلى قانون اجنبي كالقانون الروماني •

ومع ظهور بطلان هذا الدليل وفساده ، فإن من الممكن القول بأن فقهاء الشريعة وجدوا في الأقاليم الرومانية المفتوحة عادات وأعرافا ألفها أهل تلك البلاد ، فعرضها الفقهاء على أصول الشريعة وأحكامها وأقروا منها ما كان صحيحا لا يخالف الشريعة كما فعلوا في عادات أهل البلاد الأخرى التي لم تكن خاضعة للحكم الروماني كالعراق وفارس • ورعاية فقهاء الشريعة لهذه العادات والأعراف الصحيحة وإقرارهم لها لا يرجع سببه إلى أن القانون الروماني اعتبرها واعتد بها ورعاها فهم يتابعونه في هذا المسلك ، وإنما يرجع السبب إلى أن الشريعة الإسلامية تأمر برعاية العرف الصحيح والعادة الصحيحة<sup>(٢)</sup> كما فعلت بالنسبة لعادات العرب في الجاهلية حيث أقرت منها الصالح الذي لا يخالف أحكامها وأبطلت الفاسد الذي لا يتفق وهذه الأحكام ، لأن في حمل الناس على غير ما ألفوه وتعودوا عليه من العادات الحسنة حرجا شديدا وعنتا كبيرا ، ومن أصول الشريعة التخفيف

---

(١) في فقه الظاهرية المحلى ج ٩ ص ٣٦٢ ، ٤٢ ، وفي فقه الزبدية شرح الأزهاري ج ٢ ص ٢٦٨ والبحر الزخار ج ٥ ص ٣٦٦ ، وفي فقه الجعفرية جواهر الكلام ، المجلد المطبوع سنة ١٢٨٧ هـ ، وسفينة النجاة ج ٢ ص ٣٨٧ ، وفي فقه الحنابلة المغني ج ٨ ص ٥٣٥ ، ومنتهى الإرادات ج ١ ص ٧٤٣ ، وكشاف القناع ج ١ ص ٧٣١-٧٣٢ ، وفي فقه الشافعية الام ج ٤ ص ١٢٩ - ١٣١ و ج ٥ ص ٢٥ و ج ٧ ص ٨٥ والمهذب ج ٢ ص ٢٧٣ ، وفي فقه المالكية المدونة الكبرى ج ٤ ص ١٦٢ و ج ٨ ص ٩٧ وشرح الخرشي ج ٣ ص ٢٣٠ . وفي فقه الحنفية إرشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة للشيخ محمد بن خيثم المطبوع ص ٢١ ، والجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ ، والكاستاني ج ٧ ص ٣٤١ ، والهداية ج ٨ ص ٤٨٨ •

(٢) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٤٠ - ٢٤٤ •

والتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم ، قال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »<sup>(١)</sup> « يريد الله أن يخفف عنكم »<sup>(٢)</sup> ، « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج »<sup>(٣)</sup> .

#### ٨٢ - مناقشة دليهم الرابع ونقضه

في هذا الدليل يزعمون أن بعض نظم القانون الروماني تسربت الى عادات العرب في الجاهلية نظرا الى صلتهم بسكان الدولة الرومانية ، كما تسربت هذه النظم الى ( التلمود ) كتاب فقه الشريعة اليهودية ، وحيث ان الاسلام أقر بعض نظم الجاهلية ، وان الفقهاء المسلمين اقتبسوا بعض أحكام التلمود ، فان معنى ذلك ان بعض نظم القانون الروماني تسربت الى الشريعة الاسلامية وفقهها وصارت جزء من الاثنين . ان هذا الاستنتاج وما بني عليه من مقدمات غير صحيح ، فليس هناك - كما يقول المستشرق الايطالي نالينو Nallino - أي دليل على تسرب التشريعات الرومانية الى الشريعة الاسلامية بواسطة العرب في الجاهلية<sup>(٤)</sup> . والواقع أن العرب في الجاهلية كانوا على صلة بجيرانهم من سكان الدولة الرومانية ولكن كانت هذه الصلة ضعيفة جدا ومحدودة ، فقد كانت الحكومة الرومانية تعين للتجار العرب الذين يفدون الى الشام أسواقا معينة لا يجوز لهم تجاوزها مثل العقبة وغزة وبصرى ، ولذلك كان اتصالهم بشعوب الدولة الرومانية ضئيلا ، فضلا عن تفشي الامية في العرب وجهلهم باللغات الاجنبية ، ولهذا كله لم يظهر لاتصال العرب بشعوب الامبراطورية الرومانية أي أثر من الناحية القانونية<sup>(٥)</sup> . أما التشبث بالتلمود فلا يفيدهم وليس فيه دليل على رأيهم من وجوه كثيرة ، منها : ( أ ) أن القانون الروماني البيزنطي ، بعد القرن الثالث الميلادي ، هو

(١) سورة البقرة ، الآية ١٨٥ .

(٢) سورة النساء ، الآية ٤ .

(٣) سورة المائدة ، الآية ٥ .

(٤) من محاضرة له بعنوان : في علاقات الفقه الاسلامي بالقانون الروماني ، المنشور في مجلة المسلمون المجلد الخامس ، ص ٥٧٤ وما بعدها .

(٥) الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ - ٢٦ .

الشريعة الاسلامية (م-٦)

الذي تأثر بالقانون اليهودي وليس العكس ، يدل على ذلك أن الشراح في هذا العصر يعددون الاصل اليهودي لبعض النظم القانونية الرومانية ، ومعنى ذلك أن نظم القانون الروماني لم تنتقل الى الشريعة الاسلامية عن طريق القانون اليهودي . ( ب ) . ان الاحكام الواردة في الشرائع السماوية السابقة لا تكون جزء من الشريعة الاسلامية ، على الرأي الراجح ، الا اذا قام الدليل من الشرع الاسلامي على تشريعها بحق المسلمين . ( ج ) توجد احكام كثيرة في التلمود مخالفة لما هو مقرر في الفقه الاسلامي ، من ذلك الزواج فهو عقد شكلي عند اليهود لا ينعقد الا اذا توافرت فيه أشكال معينة مثل نطق العاقدین بعبارة خاصة باللغة العبرية ، وكتابة العقد ، وتقديسه عن طريق اقامة صلاة دينية خاصة يحضرها عدد معين من الرجال ، ولا يجوز عقده في أيام الاعياد اليهودية ولا في أيام السبت ، بينما ينعقد عقد الزواج في الفقه الاسلامي بالتراضي وبحضور شاهدين ولا يشترط لعقده أشكال خاصة . والقانون اليهودي يبيح تعدد الزوجات بلاحد ، بينما الشرع الاسلامي يبيحه الى حد أربع زوجات ، والمرأة المترجعة في القانون اليهودي ، لا تملك التصرف في أموالها اذ ليس لها أهلية التعاقد ، وجميع ما تملك لزوجها يتصرف به كيف يشاء والشريعة الاسلامية تخالف القانون اليهودي في هذه المسألة ، فهي تعترف للمرأة المتزوجة بكامل أهليتها وقدرتها على التصرف بأموالها دون حاجة الى اذن من زوجها . والطلاق يقع في الشريعة الاسلامية دون اشتراط لشكل معين ، بينما في القانون اليهودي لابد لوقوعه من أشكال معينة مثل كتابته باللغة العبرية وأن لا يقع في أيام السبت والاعباد . والوصية لاجنبي جائزة في الشريعة الاسلامية مع وجود الوارث بحدود الثلث ، بينما لا تجوز الوصية في القانون اليهودي الا عند عدم وجود ابن ذكر . والتركة تنقل الى الورثة بما لها وعليها من حقوق اذا قبل الميراث ، بينما الحكم في الشريعة الاسلامية ان التركة تنتقل الى الوارث غير مقله بالديون ، بمعنى أن الوارث لا يلزم بدفع ديون الميت وانما توفي من تركه أولا فان بقي منها شيء استحقه الوارث ، وان لم تف



التركة بسداد الديون فلا يلزم الوارث بشيء • والرضاع يعتبر من موانع الزواج في الشريعة الاسلامية ، بينما لا يعتبر كذلك في القانون اليهودي • وعقوبات التعزير موجودة في الفقه الاسلامي ولا وجود لها في القانون اليهودي • ومن هذا العرض يتبين لنا أن القانون اليهودي يختلف عن الشريعة الاسلامية اختلافات جوهرية ، أما أوجه الشبه بينهما فتتحصّر في بعض الاحكام الجزئية التي تبدو قليلة الاهمية اذا قورنت بالاختلافات • ومن هذا كله يظهر بطلان ادعائهم بتأثير القانون اليهودي في الفقه الاسلامي وبالتالي تأثير الاخير بالقانون الروماني<sup>(١)</sup> •

#### ٨٣ - مناقشة الدليل الخامس ونقضه :

واستدلّاهم بتشابه بعض النظم القانونية الموجودة في الشريعة الاسلامية والقانون الروماني على تأثيره في الشريعة ، استدلال ضعيف ، من وجوه كثيرة<sup>(٢)</sup> فهو ، إذاً ، دليل سلقط مردود • ومن أدلة نقضه ورده :

أولاً - ان بعض هذه القواعد المتشابهة كقاعدة عبء الاثبات على المدعي ، والتي جاء مثلها في الشريعة « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وقاعدة تحريم أخذ مال الغير بغير حق ، تعتبر من القواعد الشائعة في جميع الشرائع التي يهتدي اليها العقل السليم وتقضي بها العدالة ، واغفالها في أي تشريع يدل على قصوره وعدم عدالته • ومن ثم لا يدل هذا التشابه في هذا النطاق على أن الشريعة اللاحقة أخذت من السابقة •

ثانياً - التشابه الموجود في بعض النظم القانونية بين شريعتين لا يدل

---

(١) الدكتور صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، ص ١٩٥ - ١٩٦ ، الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص ٦٣ وما بعدها •

(٢) الدكتور علي البدوي ، أبحاث في تاريخ الشرائع ، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية السنة الاولى ص ٧٣٤ وما بعدها ، مذكرات في تاريخ القانون للاستاذ عبده حسن الزيات ص ١٤٠ وما بعدها ، الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٨٧ وما بعدها ، الدكتور صوفي ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ وما بعدها • الاستاذ عبدالرحمن البزاز ، المرجع السابق ، ص ٢٦٧ وما بعدها • والدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ص ١٨٩ - ١٩٤ •

حتما على أن احدهما أخذت هذه النظم من الأخرى ، إذ قد يكون ناشئا من تشابه الظروف الاجتماعية التي مرت بها كل من الشريعتين • كما أن القول السليمة تشابه في كثير من أنواع التفكير ، وهذا أمر طبيعي في الأمم جميعا فلا يصح لمجرد هذا التشابه القول بأن هذه الشريعة نقلت عن الأخرى وليس العكس • وإذا كان لابد من القول بالاختلاف والافتقار في هذه الحالة فالصحيح أن يقال أن القانون الروماني أخذ من فقه الشريعة الإسلامية تطبيقا لمبدأ اجتماعي صحيح وهو أن الأمة المطلوبة هي التي تقتبس من تشريعات الأمة الغالبة وليس العكس<sup>(١)</sup> •

ثالثا - بالرغم من هذا التشابه الظاهري في بعض النظم القانونية ، فهناك اختلافات كثيرة ومهمة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ندل بوضوح على استقلال كل منهما عن الآخر واختلافهما في مصادر الأحكام • ففي القانون الروماني نظم لا وجود لها في الشريعة الإسلامية مثل :

( أ ) نظام السلطة الأبوية ، وهذه السلطة يملكها رب الأسرة على أولاده وأولاد أولاده من الذكور ، وعلى الأولاد بالتبني وعلى الأولاد غير الشرعيين الممنوحين البنوة الشرعية • وهذه السلطة مطلقة تقع على شخص الخاضع لها وتمتد إلى كل ما يكسبه من مال • وهي دائمة تبقى ما دام رب الأسرة حيا متمتعا بالشخصية القانونية ومهما كانت سن الولد • وبالرغم من تهذيب هذه السلطة وتخفيف شدتها ، فقد بقيت لها آثار قاسية منها إبقاء حق رب الأسرة في بيع أولاده في حالة الضرورة القصوى ، وبقياء رب الأسرة هو المالك لأموال الأسرة والمتصرف فيها وإن منع من حرمان وراثته دون وجه حق<sup>(٢)</sup> •

( ب ) الزواج مع السيادة : وهذا النوع من الزواج يتم بطريق الزواج الديني ، أو بطريق الشراء ، أو بطريق معاشرة الزوج لزوجته ، التي لم يتزوجها بأحدى الطريقتين السابقتين ، مدة سنة تكسبه السيادة عليها •

(١) مقدمة ابن خلدون ص ١٤٧ •

(٢) مبادئ القانون الروماني ، للدكتور عبد المنعم البدرائي والدكتور محمد عبد المنعم بدر ص ٢١١ ، ٢٢١ - ٢٢٣ •

ومن آثار هذا الزواج أن الزوجة تنتقل من عائلتها الأصلية إلى عائلة زوجها وتعتبر بحكم الميعة بالنسبة لعائلتها الأصلية وتسقط جميع الحقوق المترتبة على صلتها بعائلتها من ارث ووصاية وقوامة ، وتصبح في عائلة زوجها كأنها بنت له وأخت لاولادها منه وترث زوجها بناء على هذا الاعتبار . وتخضع لسيادة زوجها ، وتشبه هذه السيادة السلطة الأبوية ، فللزواج بيعها ، ويتملك ويكتسب عنها الحقوق ، ويأخذ الزوج ما يكون عندها من مال عند الزواج<sup>(١)</sup> (ج) التبني : وهو نظام قانوني يقصد به إيجاد السلطة الأبوية عن طريق إيجاد علاقة نسبية مصطنعة بين المتبني والمتبني ، وهو ينتج نفس آثار البنوة النسبية الصحيحة بالنسبة للمتبني كما له آثار بالنسبة لشخص المتبني وأمواله ، فيدخل المتبني في عائلة من تبناه ويخضع لسلطته وتؤول إليه أمواله<sup>(٢)</sup> .

#### ( د ) والقانون الروماني حرم الهبات بين الزوجين .

رابعا - توجد في الشريعة الإسلامية نظم قانونية لا مثل لها في القانون الروماني مثل نظام الوفاق الخيري ونظام الشفعة ، واعتبار الرضاع مانعا من الزواج ، ونظام الحسبة وهي وظيفة اجتماعية تقابل نظام النيابة العمومية ووظائف البلدية في الوقت الحاضر ، ونظام التعزير في العقوبات ، وحوالة الدين ، فهي جائزة في الشريعة الإسلامية ، وغير جائزة في القانون الروماني . كما توجد نظم قانونية مشتركة ولكنها تختلف في قواعدها ، كنظام الزواج ، فهو فردي في القانون الروماني ، ومتعدد في الشريعة الإسلامية إلى حد أربع زوجات . ونظام الطلاق حق لكل من الزوجين في القانون الروماني ، وهو في الشريعة الإسلامية حق للزوج وحده دون الزوجة إلا إذا اشترطته لنفسها في عقد الزواج ، كما يجوز لها طلب التفريق في حالات معينة كإضرار الزوج بها . ونظام الميراث وفيه اختلافات جوهرية ، فالفروع مقدمون على الأصول في القانون الروماني ولا يرثون مع الفروع ، وعند عدم وجود الفرع ينتقل الإرث إلى الأصول ويشاركهم فيه الأخوة الأشقاء

(١) الدكتور البدرائي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ - ٢٣٥ .

(٢) الدكتور البدرائي ، المرجع السابق ، ص ٢١١ - ٢١٥ .

ويكون للذكر مثل نصيب الانثى • أما في الشريعة الاسلامية فان الاصل يرث مع الفرع ، ونصيب الذكر مثل حظ الانثيين كمساعدة عامة • وفي انتقال التركة الى الورثة ، تنتقل حقوق والتزامات المورث الى الورثة ويلزمون بدفع ديون مورثهم ، اذا قبلوا التركة ، ولو كان هذا الدفع من أموالهم الخاصة • أما في الشريعة الاسلامية فان المبدأ هو « لا تركة الا بعد سداد الدين » أي أن ديون الميت تسده من تركته أولا وما بقي من التركة يؤول الى الورثة ، واذا لم تقب التركة بسداد ديون الميت فان الورثة لا يلتزمون بادائها • والمهر من أحكام عقد الزواج ، ولكنه عند الرومان تدفعه الزوجة أو أحد ذويها الى الزوج بينما في الشريعة الاسلامية يدفعه الزوج الى الزوجة • خامسا - القانون الروماني في نظمه المختلفة قائم على اجراءات رسمية وأوضاع شكلية ، وبالرغم من تطوره فانه لم يصل الى الغاء هذه الشكليات كمبدأ عام تقوم عليه سائر النظم القانونية فيه ، فالملكية لا تنتقل بين الطرفين بمجرد الاتفاق دون اتباع اجراءات شكلية ، والتزام الطرفين بموجب عقد لا يتم الا اذا أفرغ في أشكال رسمية • وبقيت هذه القواعد الشكلية الى عهد جستنيان ، بل ولم يقرر اعتبار التزام المتعاقدين بمجرد الرضا وانتقال الملكية بمجرد الاتفاق من المبادئ العامة الا في قانون نابليون الفرنسي في أوائل القرن التاسع عشر • وبخلاف هذا في الشريعة الاسلامية فهي قائمة على البساطة في التعامل ومتجردة عن الشكليات منذ نشأتها ، فلا يشترط فيها لانتمام العقد صيغة رسمية ولا توجب لانتقال الملكية وضعا خاصا وانما يتم الالتزام بموجب العقد وتنقل الملكية بمجرد الاتفاق الخالي من الاجراءات الشكلية •

سادسا - المبدأ العام السائد في القانون الروماني هو الفصل بين القانون والاخلاق ، ومن أمثلة ذلك النصوص الصريحة الواردة في موسوعة جستنيان التي تقرر صراحة ان اساءة استعمال الحق لا يعتبر فعلا غير مشروع • وبخلاف هذا المبدأ ، تقوم قواعد الشريعة الاسلامية على معان أخلاقية ، وتسمح لتسرب المبادئ الاخلاقية الى نظمها القانونية ، وقد أدى

هذا الاختلاف الى اختلاف في بعض النظم القانونية والى وجود نظريات في الشريعة لا وجود لها في القانون الروماني ، فالقانوني الروماني أقر نظام التقادم كطريقة لكسب الملكية بشروط معينة لضعف الصلة فيه بين القانون والاخلاق ، بينما رفضت الشريعة الاسلامية اقرار هذا المبدأ لان المنعاني الاخلاقية السائدة فيها لا تسمح بتحول النصب الى حق ، ولا تسمح أن يكون مضي المدة لذاته مكسبا أو مسقطا للحقوق . وفي الشريعة الاسلامية قامت نظريات قانونية أساسها الاعتبارات الاخلاقية ، منها نظرية سوء استعمال الحق ، فاستعمال الحق مقيد بعدم الاضرار بالغير ، فليس في الشريعة حقوق مطلقة ، بل مقيدة دائما بقيد ضمني هو عدم الاضرار بالغير ، وهذه النظرية تعتبر من أحدث النظريات في القوانين الحديثة ، ومن تطبيقاتها في الفقه الاسلامي أن الجار ليس له أن يستعمل حقه في ملكه استعمالا يلحق ضررا فاحشا بجاره . ومثل نظرية الضرورة وتشبهها الى حد كبير نظرية الظروف الطارئة التي ظهرت مؤخرا في القانون الاداري الفرنسي وأخذت تمتد الى فروع القانون الاخرى ، ومن تطبيقاتها في الفقه الاسلامي أن الزرع اذا هلك بأفة سماوية فإن الخراج « ضريبة على الارض الزراعية » يسقط ويعلل الفقهاء هذا الحكم بأن صاحب الارض مصاب فيستحق المعونة ، ولانه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الارض<sup>(١)</sup> .

#### ٨٤ - الخلاصة :

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الشريعة الاسلامية لا علاقة لها بالقانون الروماني ، فقد نشأت مستقلة عنه ، ونها فقهاها وازدهر بمغزل عن هذا القانون الذي بدء على شكل أعادات ، واستمدت أحكامها من مصادر خاصة ليس منها الاحالة الى قانون اجنبي ، وحسب قواعد مضبوطة قام على أساسها علم أصول الفقه . وما أصدق كلمة الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، وهو يقارن بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني : « فان

(١) كتابنا احكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ص ١٧١ .

هذا القانون بدأ عادات ، كما قدمنا ، ونما وازدهر عن طريق الدعوى والاجراءات الشكلية . أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا من عند الله ونمت وازدهرت عن طريق القياس المنطقي والاحكام الموضوعية . . . الا أن فقهاء المسلمين امتازوا عن فقهاء الرومان ، بل امتازوا على فقهاء العالم باستخلاصهم أصولا ومبادئ عامة من نوع آخر هي أصول استنباط الاحكام من مصادرها وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه ،<sup>(١)</sup> . فالخلاف جوهرى بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، اذ تقوم الشريعة على أساس الوحي الالهي وهذا من أبرز ما يميز الشريعة عن غيرها ويجعل الفرق هائلا بينها وبين القانون الرومانى وغيره من القوانين الوضعية ، وفي هذا يقول العالم الفرنسى زيس Zys : « اني أشعر حينما أقرأ في كتب الفقه الاسلامي اني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الرومانى . . . وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الاسلامية وبين هذا القانون ، فينما يعتمد قانوننا على العقل البشرى تقوم الشريعة على الوحي الالهي . . فكيف يتصور التوفيق بين نظامين قانونيين وصلا الى هذه الدرجة من الاختلاف ،<sup>(٢)</sup> والشريعة الاسلامية بعد هذا وذاك احتوت على نظم قانونية لم يصل اليها القانون الرومانى حتى في آخر عصور تطوره ، فمبدأ النيابة في التصرفات القانونية بمعنى أن الشخص يصح أن ينوب عنه غيره في مباشرة التصرف<sup>(٣)</sup> من المبادئ المعترف بها في التشريعات الحديثة ولم يسلم به القانون الرومانى حتى في عهد جستنيان وان كان هناك عندهم في أواخر عصور القانون الرومانى بعض الاستثناءات أجازوا فيها النيابة الكاملة<sup>(٤)</sup> . ومن أجل هذا

(١) اصول القانون للدكتور السنهوري ص ١٣٢ .

(٢) الدكتور صوفى ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

(٣) سنتكلم عن النيابة عند الكلام عن نظام العقد في الشريعة الاسلامية .

(٤) الدكتور شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، ج ١ ص ٩٠ ، ومبادئ القانون الرومانى للدكتور عبدالمنعم السدراوي والدكتور محمد عبدالمنعم بدر ص ٥٦٠ - ٥٦١ .

كله ونظرا لواقع الشريعة الاسلامية الذي يميزها عن غيرها ويدل كل ما فيها على انها قائمة بذاتها غير مستمدة من غيرها ولا متأثرة به قال الدكتور شفيق شحاته بحق : « ونلاحظ هنا فقط فشل المحاولات التي ظهرت قديما وحديثا لاثبات استمداد التشريع الاسلامي من القانون الروماني »<sup>(١)</sup> ، بل أن بعض الكتاب المحدثين يذهب الى أن القانون الروماني مستمد من الفقه الاسلامي عن طريق ترجمة هذا الفقه في اسبانيا من اللغة العربية الى اللغة اللاتينية<sup>(٢)</sup> . ويرجع البعض الآخر الى أن شراح القانون الروماني في أيام النهضة العلمية الاوربية الذين تخرجوا في مدرسة بولونيا الايطالية وغيرها من المدارس الاوربية قد أدخلوا في شروحهم للقانون الروماني بعض النظم القانونية في الفقه الاسلامي التي وصلتهم عن طريق الاندلس وغيرها<sup>(٣)</sup> .

- 
- (١) الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ص ٦٧ .  
(٢) هذا ما ذهب اليه الأستاذ أبو الفضائل الجرقاداني الايراني ، نقلا عن الموجز في تاريخ القانون للاستاذ عبده حسن الزيات ، هامش ص ١٤٥ - ١٥٢ .  
(٣) الدكتور صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ص ١٩٣ - ١٩٤ .

## الفصل الخامس

### شرح بعض القواعد الكلية

في الفقه الاسلامي

٨٥ - تمهيد :

القاعدة في اللغة الاساس ، وفي اصطلاح الفقهاء حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه<sup>(١)</sup> . وفي الفقه الاسلامي جملة كبيرة من هذه القواعد التي تعتبر كل قاعدة منها ضابطا وجامعا لمسائل فقهية كثيرة<sup>(٢)</sup> . وقد استخرج الفقهاء هذه القواعد بتسبعهم مسائل الفقه وفروعه وارجاعهم كل مجموعة منها الى قاعدة عامة يسري حكمها العام على جميع أو أكثر جزئيات هذه المجموعة التي تشابه فيها هذه الجزئيات ببعض المعاني .

وهذه القواعد الفقهية تختلف عن قواعد أصول الفقه ، لان قواعد الأصول تضع الناهج وتبين المسالك التي يلتزم بها الفقيه لاستنباط الاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية<sup>(٣)</sup> ، أما القواعد الفقهية فهي من قبيل المبادئ العامة في الفقه الاسلامي التي تتضمن أحكاما شرعية عامة تنطبق على الوقائع والحوادث التي تدخل تحت موضوعها<sup>(٤)</sup> . وهذه القواعد لها مكانة عظيمة في الفقه الاسلامي فهي تساعد على تكوين الملكة الفقهية عند طالب الفقه ، وتعين على معرفة أحكام الجزئيات ، وتوضح الصور والافكار القانونية في الفقه الاسلامي . . . . . وقد نوه بفضلها وعظيم فائدتها غير واحد من الفقهاء .

- 
- (١) الاشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه للحموي ص ٢٢ .  
(٢) دور الحكام شرح مجلة الاحكام للاستاذ علي حيدر ص ١٥ .  
(٣) كتابنا الوجيز في اصول الفقه ص ١١ .  
(٤) المسئل الفقهي العام للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ٦٣٣ .



كالفقيه المشهور القرافي اذ يقول : « . . . » والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ، <sup>(١)</sup> . وما يلاحظ في هذه القواعد انها صيغت صياغة قانونية وبأسلوب رصين وعبارة بليغة وتركيب محكم . وسنذكر في هذا الفصل بعض هذه القواعد الفقهية مع شرح موجز لها .

### القاعدة الاولى

#### الامور بمقاصدها

٨٦ - الاصل في هذه القاعدة الحديث الشريف : « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى » ، <sup>(٢)</sup> . والمقصود بهذه القاعدة أن الاحكام الشرعية في أمور الناس تتكيف حسب قصدهم من اجرائها ، فقد يعمل الانسان عملا بقصد معين فيتربط على عمله حكم ، ثم قد يعمل مثله بقصد آخر فيتربط على عمله حكم آخر <sup>(٣)</sup> .

ومن تطبيقات هذه القاعدة : ان ملتقط اللقطة يعتبر أمينا لا ضمان عليه اذا تلفت في يده بدون تعد منه أو تقصير اذا كان قصده من التقاطها حفظها وردها الى صاحبها ، ويعتبر غاصبا اذا كان التقاطها بقصد نملكها فيضمن هلاكها وتلفها ولو بدون تعد منه أو تقصير . والبيع بلفظ الفعل المضارع بقصد الحال لا الاستقبال ينعقد به عقد البيع ، كقول البائع « أبيعك فرسي » ، واذا قصد به الاستقبال لا ينعقد البيع .

وكما أن الفعل يتكيف حكمه - في أحكام الدنيا - بناء على قصد فاعله ، فكذلك يتغير حكمه من جهة وصفه بالحل والحرمة بناء على قصد فاعله ، كالنكاح مستحب وسنة من سنن الاسلام ولكن يحرم اذا كان بقصد

(١) التفروق للقرافي ص ٢-٣ .

(٢) رياض الصالحين للنووي ص ١٢ - ١٣ .

(٣) شرح المجلة للاستاذ منير القاضي ص ٥٤ .

مضارة الزوجة أو ظلمها • وامسك الزوجة أحب الى الله من تسريحها اذا كان الامسك بقصد ابقاء الحياة الزوجية والقيام بحقوقها ، ويحرم هذا الامسك اذا كان بقصد الاضرار بالمرأة ، قال تعالى : ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ، (١) •

ويلاحظ هنا ، كما هو المفهوم من هذه القاعدة ، ان النية المجردة ، أي التي لا يقترن بها فعل ، لا يترتب عليها حكم ، فمن نوى طلاق زوجته لا يقع طلاقه (٢) ، ومن نوى بيع داره أو هبته ولم ينطق بلسانه بما يدل على نيته فان ما نواه لا يقع •

### القاعدة الثانية

#### العبرة في العقود للمقاصد والمعاني

#### لا للالفاظ والمباني

٨٧ - وهذه القاعدة تشملها القاعدة السابقة لان العقود (٣) من جبهة الامور التي يباشرها الانسان ، وحيث ان المنظور اليه في ترتيب الاحكام على هذه الامور هو ما قصده فاعلها منها ، فكذلك الحكم في العقود ، فلا تترتب الاحكام في العقود على مجرد الالفاظ أي على مطلق المعاني التي تحملها وانما تترتب على المقاصد والمعاني الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الالفاظ المستعملة في صيغة العقد لان القصد الحقيقي من الكلام هو المعنى ، وان المقاصد هي حقائق العقود وقوامها وانما اعتبرت الالفاظ لدلالاتها على المقاصد ، فاذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقيد اللفظ به وترتب الحكم بناء عليه • ولكن لا يعني هذا اهمال الالفاظ بالكلية لانها قوالب المعاني والمعبرة عنها ، فتراعى أولا معاني الالفاظ الظاهرة واذا تعذر الجمع بينها وبين المعاني التي قصدها العاقدون في عقودهم فانه يصار الى المعاني المقصودة

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٣١ •

(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ١٩ •

(٣) العقد هو ارتباط ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو انهاءه كما سنفصل هذا فيما بعد •

ويهمل جانب الالفاظ • ويعرف قصد العاقدين من العبارات الملحقة بصيغة العقد أو من قرينة الحال فهي التي توضح القصد منه ، وعلى هذا لا بد من وجود مناسبة بين الصيغة والمعنى المقصود ليتمكن اعتبار العبارات اللاحقة بصيغة العقد موضحة للقصد<sup>(١)</sup> • ومن فروع هذه القاعدة<sup>(٢)</sup> :

( أ ) الهبة بشرط العوض بيع : فمن قال لآخر وهبتك هذه الفرس بخمسين دينارا فقبل الآخر كان العقد بيعا وان كانت الصيغة بلفظ الهبة •

( ب ) الاعارة بشرط العوض اجارة : فمن قال لآخر أعرتك سيارتي بخمسة دنائير لتسافر بها الى المحل الفلاني فقبل الآخر ، كان العقد ايجارا لا اعارة ولو أن الايجاب كان بلفظ الاعارة •

( ج ) الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة : فلو قال شخص لآخر أحلتك بما لك من دين بدمتي على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة بدينك حتى يدفع المحال عليه الدين ، فالعقد هنا عقد كفالة لا حوالة لان الحوالة نقل دين من ذمة الى ذمة ولم ينتقل هنا •

#### القاعدة الثالثة

##### الاصل في الكلام الحقيقية

٨٨ - الحقيقة استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له مثل كلمة ( أسد ) للحيوان المعروف • والمجاز استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمجازي علاقة مع وجود قرينة صارفة عن ارادة المعنى الحقيقي كاطلاق كلمة ( نور ) على الاسلام أو على العلم • ومعنى القاعدة ان الراجع حمل الكلام على معناه الحقيقي لا المجازي الا اذا تعذر ارادة المعنى الحقيقي فيصار الى المجاز • وعلى هذا الاساس تفسر عقود الناس وتصرفاتهم ، فمن قال : وقفت داري على أولادي ثم على الفقراء فان الوقف ينصرف الى الاولاد الصليين ولا يشمل الاحفاد ، لان كلمة ( أولاد ) حقيقة في الاولاد الصليين وتستعمل مجازا في الاحفاد<sup>(٣)</sup> •

(١) الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ، ص ٥٦ •

(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ١٩ •

(٣) جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر ، ص ٥ •

ولكن لو لم يكن للوفاق حين العقد أولاد صليون ، بل كان له أحفاد  
فان الوفاق ينصرف اليهم لتعذر حمله على الاولاد الصليون لعدم  
وجودهم<sup>(١)</sup> .

#### القاعدة الرابعة

##### اعمال الكلام أولى من اهماله

٨٩ - يعني لا يجوز اهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله  
على معنى حقيقي أو مجازي . وبما أن الاصل في الكلام الحقيقة فما لم  
تعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على المجاز . واللفظ المراد  
اعماله اذا كان مما يحتمل التأكيد والتأسيس فحمله على التأسيس أولى لان  
التأسيس يفيد معنى جديدا لم يتضمنه اللفظ السابق ، والتأكيد يفيد إعادة  
معنى اللفظ السابق . وعلى هذا لو أقر شخص بأنه مدين لآخر بعشرة  
دنانير دون أن يذكر سبب الدين وأعطى للدائن سنداً بذلك ، ثم أقر بعد  
ذلك للشخص نفسه مرة ثانية بعشرة دنانير وعمل له سنداً ولم يبين سبب  
الدين ، فان اقراره يحتمل في الحالتين على تأسيس ، أي يعتبر دين السند  
الثاني غير الاول<sup>(٢)</sup> . واذا تعذر اعمال الكلام بهمل ، أي اذا لم يمكن حمله  
على المعنى الحقيقي ولا المجازي بهمل ، كما لو ادعى شخص في حق من  
هو أكبر منه سناً بأنه ابنه .

#### القاعدة الخامسة

لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان

٩٠ - يعني لا بعد ساكت انه قال كذا ، ولكن السكوت فيما يلزم  
التكلم به اقرار وبيان . فهذه القاعدة تتضمن أمرين : « الاول » لا ينسب  
الى ساكت قول ، فاذا أئلف شخص مال آخر بحضوره وسكت فلا يعتبر  
ذلك من صاحب المال اذا باتلاف المال . و « الثاني » السكوت في معرض

(١) على حيدر ، المرجع السابق ، ص ٢٧ .

(٢) على حيدر ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .

الحاجة بيان ، فمن ترك مالا عند آخر فائلا له : ان هذا المال وديعة عندك وسكت المستودع انعقدت الوديعة • وسكوت البنت البكر عند استئذانها من قبل وليها في الزواج يعتبر هذا السكوت رضاً منها بالزواج •

#### القاعدة السادسة

##### لا مساغ للاجتهاد في معرض النص

٩١ - الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء صرف وبذل الطاقة والقدرة للوصول الى الحكم الشرعي من دليله الشرعي • ومعنى القاعدة ان الاجتهاد يكون في المسائل التي لم يرد في الشريعة نص صريح بشأنها ، أما ما ورد النص الصريح بحكمه فلا يجوز الاجتهاد فيه • فمثلا ورد النص بتحريم الربا فلا يجوز الاجتهاد في حله • وورد النص بأن للذكر مثل حظ الانثيين في الميراث فلا يجوز الاجتهاد باعطاء الذكر مثل نصيب الانثى •

#### القاعدة السابعة

##### اليقين لا يزول بالشك

٩٢ - اليقين لغة قرار الشيء واصطلاحاً حصول الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه • وينزل الظن الغالب منزلة اليقين في الحكم • أما الشك فمعناه في اللغة التردد واصطلاحاً تردد الفعل بين الوقوع وعدمه ، أي لا يوجد مرجح لاحد على الآخر<sup>(١)</sup> • فمعنى هذه القاعدة أن الشيء المتيقن لا يزول بالشك الطارئ عليه وانما يزول بيقين مثله • ومن فروع هذه القاعدة أن ثبوت الدين بذمة انسان لا يزول الا بثبوت ابراء الدائن له أو ادائه من المدين • ومن ثبت نكاحه فلا تزول الزوجية عنه الا بيقين • ومن تملك عينا بسبب شرعي فلا تزول ملكيته الا بثبوت ما يزيلها<sup>(٢)</sup> • ففي جميع هذه الامثلة نلاحظ ثبوت شيء يقينا فيبقى هذا الشيء المتيقن الا اذا قام الدليل على انتفائه ، أما مجرد الشك فلا يقوى على زعزع اليقين فلا يعتد به •

(١) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٢٠ •

(٢) كتابنا الوجيز في اصول الفقه ص ٢٥٩ •

## القاعدة الثامنة

### الاصل براءة الذمة

٩٣ - الذمة وصف شرعي يصير به الانسان أهلاً لما له وعليه من الحقوق . ومعنى القاعدة أن الاصل هو عدم انشغال ذمة الانسان بحق لآخر ، لان كل شخص يولد وذمته بريئة من أي حق للغير ، وان انشغالها يحصل بالتصرفات التي يجريها مع الآخرين . وقد أخذ بهذه القاعدة في القضايا المدنية والجزائية ، فمن ادعى على غيره دينا فالاصل عدمه الا اذا أثبت المدعي ذلك . والمتهم بريء حتى تثبت ادانته ، ومن هنا جاء القول : الشك يفسر لمصلحة المتهم<sup>(١)</sup> ، لان الاصل براءته ومع حصول الشك في ادانته نرجح جانب البراءة فنفسر الشك لمصلحته . وحتى لو حصل خطأ في هذا الاتجاه فان الخطأ في براءة متهم خير من الخطأ في ادانة بريء .

## القاعدة التاسعة

### البيئة على على من ادعى واليمين على من أنكر

٩٤ - البيئة ، على ما هو الشائع عند الفقهاء ، هي الشهادة العادلة التي تؤيد صدق دعوى المدعي<sup>(٢)</sup> . والتحقيق أن البيئة غير مقتصرة على الشهادة بل تشمل كل ما يبين الحق ويظهره<sup>(٣)</sup> . وهذه القاعدة يؤيدها العقل السليم ، لان ادعاء المدعي خلاف الظاهر ، اذ أن الاصل براءة الذمة ، ف عليه أن يثبت صحة دعواه فاذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له واذا عجز عن الاثبات وتقديم البيئة على صدق دعواه وأنكر المدعى عليه الدعوى فانه يحلف اليمين فاذا حلف فلا شيء عليه غير هذا وردت دعوى المدعي لظهور صدق المدعى عليه<sup>(٤)</sup> .

(١) كتابنا الوجيز في أصول الفقه ص ٢٦٠ .

(٢) علي حيدر ، المرجع السابق ، ص ٤٥ .

(٣) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص ٢٣ .

(٤) جلال الدين السيوطي ، الاشباه والنظائر ، ص ٢٩٢ .

## القاعدة العاشرة

### ما حرم أخذه حرم إعطاؤه

٩٥ - إعطاء الحرام للغير أو أخذه من الغير سواء في الحرمة • لان المطلوب شرعا ازالة المنكر والفساد والمحرمات ، فاذا عجز الانسان عن المساهمة في ازالة هذه المفاصد فلا أقل من أن يمتنع عن المساهمة في زيادتها والمعاونة على وقوعها • وعلى هذا لا يجوز اعطاء الرشوة كما لا يجوز أخذها ، جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « لعن الله الراشي والمرتشى » • وكذلك الربا لا يجوز التعامل به أخذا أو عطاء ، جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « لعن الله آكل الربا وموكله » •

## القاعدة الحادية عشرة

### التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

٩٦ - الرعية عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي ، كالسلطان والحاكم ، وسائر ولاية الامور • فمن يلي من أمور الناس شيئا فعليه أن يتصرف فيها التصرف الذي يحقق المصلحة لهم ، لانه ما ولي هذا الامر وما أعطي السلطة الا لخدمة المواطنين واقامة العدل فيهم وتحقيق الخير والمصلحة لهم • فهذه القاعدة تبين أصلا عظيمًا من أصول السياسة الشرعية والحكم الصالح • وبناء على هذه القاعدة لا يجوز لولي الامر أن يعين في الوظائف العامة الا الكفو الأمين ، فقد جاء في الحديث الشريف عن النبي (ص) : « من ولي من أمر المسلمين شيئا فولى رجلا وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله »<sup>(١)</sup> • ولا يجوز لولي الامر السماح بشيء من المفاصد المحرمة شرعا كالفسق والخمر والقمار ولو بحجة جباية الاموال والضرائب<sup>(٢)</sup> •

(١) السياسة الشرعية للامام ابن تيمية ص ٤ وما بعدها •

(٢) المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ٧٠١ •

## القاعدة الثانية عشرة

### لا ضرر ولا ضرار

٩٧ - تشتمل هذه القاعدة على حكمين :

الاول : لا يجوز الاضرار ابتداء ، أي لا يجوز للانسان أن يضر شخصا آخر في نفسه أو ماله لان الضرر ظلم والظلم محرم في جميع الشرائع . والضرر الممنوع هو الضرر الفاحش مطلقا ، أي حتى لو نشأ من قيام الانسان بالافعال المباحة ، كمن يحفر في داره بشرا أو بالوعة ملاصقة لجدار جاره ، أو يبني جدارا يمنع النور عن جاره . وكذلك يمنع الضرر الناشئ من فعل غير مشروع كمن يحفر حفرة في الطريق العام . أما الضرر غير الفاحش إذا نشأ من فعل مشروع فليس بممنوع ، كما لو بنى شخص جدارا في داره سد نافذة من نوافذ غرفة جاره<sup>(١)</sup> .

الثاني : لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر وهذا معنى ولا ضرار . اذ على المتضرر أن يراجع القضاء لتعويض ضرره ، وعلى هذا فمن أتلف مال غيره لا يجوز للغير أن يتلف مال المتلف ، بل عليه مراجعة المحكمة لتعويضه عن الضرر . ويلاحظ هنا أن مقابلة الضرر بالضرر قد تكون مباحة أو واجبة كما في العقوبات التي يوقعها أولو الامر بالمجرمين ، فان العقاب ضرر لا شك فيه يقابل ضرر اجرامهم ولكن الشريعة أباحت وأوجبه لزجر المجرمين وتأديبهم ومنع الاعتداء على الناس .

## القاعدة الثالثة عشرة

### الضرر يزال

٩٨ - الضرر ظلم ، كما قلنا ، فتجب ازالته ، وعلى هذه القاعدة بنيت فروع كثيرة ، منها رد المبيع بالعيب ، والحجر على الصغير والمجنون ، وتشريع نظام الشفعة ، وضمان المتلفات ، وقمع الفتن وقتال البغاة ، واتخاذ التدابير الوقائية لمنع انتشار الاوبئة والامراض ، وبيع مال المدين الماطل

(١) الاستاذ منير القاضي ، شرح المجلة ص ٨٠ .



جبرا عليه لايفاء الدين ، ومنع من ينشئ في داره مذبحة تؤذي الجيران ونحو ذلك . ولكن الضرر اذا وجبت ازالته فانه لا يزال بمثله ، كما نطقت بهذا قاعدة أخرى ، فلا يجوز ازالة ضرر باحداث ضرر مثله أو أشد ، وعلى هذا ليس للمشتري أن يرد المبيع بالعيب القديم اذا حدث فيه عيب جديد . كما أن الضرر يزال بقدر الامكان أي يجب أن تدفعه بالوسيلة الممكنة لدفعه ، كمن يفتح شباكاً مطلا على مقر نساء جاره فانه يكلف بسده فاذا وضع عليه ستارة ثابتة تكفي لسده فقد أزال الضرر .

#### القاعدة الرابعة عشرة

##### يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

٩٩ - الضرر العام يصيب عموم الناس ، والضرر الخاص يصيب فردا واحدا أو فئة قليلة ، ولهذا كان هذا الضرر دون الضرر العام ، ولهذا يدفع الضرر العام وان استلزم هذا الدفع ايقاع ضرر خاص ، وعلى هذه القاعدة بنيت أحكام كثيرة منها منع المفتي الماجن والطبيب الجاهل وان كان في هذا المنع ضرر لهما . وجواز هدم البيوت لمنع سرعان الحريق ، وتحديد أسعار المواد الغذائية وسائر المواد التي يحتاجها الناس عند طمع التجار في زيادة أثمانها واحتكارها . ومنع اخراج بعض المواد من بلدة الى أخرى اذا كان في اخراجها ارتفاع الاسعار في البلدة . وجواز هدم الجدار المائل على الطريق .

#### القاعدة الخامسة عشرة

##### الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

١٠ - يعني أن الضرر تجوز ازالته بضرر أخف منه . ومن فروع هذه القاعدة تملك الشفيع لما أحدثه المشتري في العقار بقيمته ولا يكلف بالقلع . ولن خشي على نفسه الهلاك جوعا أن يأخذ من مال غيره ما يدفع به الهلاك عن نفسه ، ولو جبرا على صاحبه الا اذا كان صاحب المال محتاجا اليه كاحتياجه هو له . والأجبار على اداء النفقات . وحبس المدين المليء الماطل . ومثل كسر السداد لتخليص البلد من الفرق .

### القاعدة السادسة عشرة

#### الضرورات تبيح المحظورات

١٠١ - الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه اجراء الشيء الممنوع وارتكاب المحظور ، فهي ظرف قاهر يلجئ الانسان الى فعل المحرم . ومن فروع هذه القاعدة أكل الميتة عند الضرورة ، واجراء كلمة الكفر عند الاكراه الشديد ، والقاء بعض الحمولة من السفينة المشرفة على الفرق تخليصا للنفوس من الموت غرقا ، وأخذ مال الغير لدفع الهلاك المحقق عن النفس . ويجب أن يلاحظ أن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها أي لا يرتكب المحرم الا بالقدر الذي تدفع به الضرورة ، فمن اضطر الى أكل الميتة لا يأكل منها الا بقدر ما يمسك عليه حياته ولا يشبع منها . والقاء المتاع من السفينة يتحدد بقدر ما يدفع عنها الفرق .

### القاعدة السابعة عشرة

#### الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة او خاصة

١٠٢ - الحاجة العامة هي التي لا تخص ناسا دون ناس ولا قطرا دون قطر ، بل تعمهم جميعا كالحاجة الى الايجار والاستئجار . والعاطية هي التي تخص بناس دون ناس وقمة دون قمة او صنف دون صنف كحاجة التجار الى اعتبار البيع بالنموذج مسقطا لخيار الرؤية<sup>(١)</sup> . ومثل تجويز بيع السلم وبيع الاستصناع فان الحاجة اليهما قائمة فاجيزا .

### القاعدة الثامنة عشرة

#### دفع المفسد أولى من جلب المنافع

١٠٣ - القصد من تشريع الاحكام دفع المفسد عن الناس وجلب المصالح لهم . والمصالح المحضة وكذلك المفسد المحضة قليلة ، والغالب منها اشتمل على المصالح والمفاسد<sup>(١)</sup> ، وعلى هذا اذا تعارضت مفسدة ومصلة فان دفع المفسدة يقدم على جلب المصلحة لان الشريعة اعتنت بالمنهيات أكثر

(١) الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ص ٩١ .

من اعتنائها بالمأمورات ، وعلى هذا يمنع الشخص من اجراء عمل ينتج ضررا  
بالغير أكثر من المنفعة التي يجنيها كما في تصرفه في ملكه تصرفا ينتج ضررا  
كبيرا بجاره .

### القاعدة التاسعة عشرة

#### العادة محكمة

١٠٤ - معنى هذه القاعدة ان العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما  
لأبواب حكم شرعي . ومعنى « محكمة » أي هي المرجع عند النزاع لانها  
دليل يثبت عليه الحكم . والعرف بمعنى العادة . والعادة هي تكرار الشيء  
ومعادوته حتى يتقرر في النفوس ويكون مقبولا عندها . وانما تجعل العادة  
حكما لأبواب الحكم الشرعي اذا لم يرد نص بذلك الحكم المراد اثباته ،  
فاذا ورد النص عمل بموجبه ولا يجوز ترك النص والعمل به بالعادة<sup>(١)</sup> . ومن  
أمثلة هذه القاعدة أن الفاظ الواقفين تفسر حسب عرفهم . ومن دفع ثوبه  
الى من يخطئه أو يفسله أو ركب سفينة وصاحبها معروف بأخذ الاجرة على  
ذلك استحق الاجرة<sup>(٢)</sup> . وكل ما جرى العرف على اعتباره من مشتملات  
المبيع يدخل في البيع من غير ذكر ، كالحديقة المحيطة بالدار تدخل في  
البيع بلا ذكر لعرف الناس بذلك .

ويلاحظ هنا أن العادة انما تعتبر اذا كانت مطردة ، أي لا تتخلف ،  
أو غالبية أي تختلف أحيانا ، كما جاء في القاعدة الاخرى : « انما تعتبر  
العادة اذا أطردت أو غلبت » ، وأن تكون هذه العادة مقارنة لحصول الشيء  
أو سابقة عليه ، ولا تعتبر العادة أو العرف الطارئ بعد حدوث الشيء المراد  
تحكيم العرف والعادة فيه<sup>(٣)</sup> . كما يشترط في العادة حتى تعتبر أن لا تكون

(١) قواعد الاحكام في مصالح الانام للإمام عز الدين بن عبد السلام ص ١٢

(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ص ٤٠ .

(٣) القواعد للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ص ٢٣٠

(٤) عز الدين بن عبد السلام ، المرجع السابق ص ١٢٥ .

مخالفة لنص الشارع ولا لشرط المتعاقدين •  
وبناء على رعاية العرف جاءت القاعدة الفقهية « المعروف عرفاً كالمشروط  
شرطاً » أي ما جرى به العرف يراعى من دون اشتراطه في عقود الناس  
وتصرفاتهم • فالنوم في الفنادق والغسل في الحمامات والاكل في المطاعم ،  
كل ذلك يستلزم دفع الاجرة لان العرف يقضي بذلك وان لم تذكر من  
قبل أطراف العقد • وكذلك اشتغال شخص لآخر دون اتفاق على أجره  
ينظر الى العرف فان كان يقضي له بالاجرة قضي له بها ، كالدلال ، وان لم  
يقض له بها لم يستحق المشتغل أجره<sup>(١)</sup> •

وتفرعت ، أيضاً ، من هذه القاعدة قاعدة التعين بالعرف كالتعين بالنص  
أي ان ما يقضي بتعيينه العرف يكون كالمعين بالنص الصريح كالتوكيل في  
البيع المطلق يحمل على البيع بضمن المثل • والودائع ، يقضي العرف أن  
يحفظها الوديع في حرز مثلها المعتاد وان لم يشترط ذلك المودع •

#### القاعدة العشرون

##### لا ينكر تغير الاحكام بتغير الزمان

١٠٥ - الاحكام التي تتغير بتغير الزمان هي الاحكام المبنية على العرف  
والعادة ، لانه بتغير الزمان تتغير احتياجات الناس ، وينسأ على هذا التغير  
يتبدل أيضاً العرف ، ويتغير العرف تتغير الاحكام المبنية عليه ، أما الاحكام  
المستندة الى أدلة شرعية لم تبين على عرف وعادة فانها لا تتغير كالتقصص من  
القاتل المد لم يبن على عرف وعادة فلا يتغير • ومن الامثلة على ذلك :  
سقوط خيار الرؤية برؤية غرفة من غرف الدار لجريان العرف في  
الزمن القديم على بناء الدور ومشتلاتها على نمط واحد ، ثم لما تغير عرف  
الناس وعاداتهم في بناء الدور أفتى الفقهاء بعدم سقوط خيار الرؤية برؤية  
غرفة واحدة ، بل لابد من رؤية جميع مشتلات الدار • ذهب الامام أبو  
خليفة الى عدم لزوم تركية الشهود في دعوى المال ، الا اذا طعن الخصوم

(١) الامام عز الدين بن عبدالسلام ، المرجع السابق ص ١٢٧ •

فيهم ، لصالح الناس في زمانه ، ولكن لتغير أحوال الناس وخراب الذمم  
أفتى أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني بضرورة تزكية الشهود  
سرا وعلنا . وعند فقهاء الحنفية لا يجب الضمان على الغاصب ، ولكن أفتى  
فقهاؤهم المتأخرون على وجوب الضمان على غاصب مال اليتيم والوقف المد  
للاستغلال لاعتقاد الناس على التساهل بالانتفاع بأموال اليتامى والوقف والمد  
للاستغلال على وجه الغصب .

### القاعدة العادية والعشرون

#### العبرة للغالب الشائع لا للنادر

١٠٦ - الشائع هو الامر الذي أصبح معلوما للناس وذائعا بينهم .  
والنادر هو القليل الحدوث . فالمعول عليه والمنظور اليه في ترتيب الاحكام  
هو الامر الشائع لا الامر النادر . ومن فروع هذه القاعدة : الحكم بلوغ  
من له من العمر خمس عشرة سنة لانه هو العمر الشائع للبلوغ وان كان  
البعض لا يبلغ الا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة الا أنه نادر وقليل فلا  
يعول عليه . وكذلك الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي وتسع سنين  
لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي اذا بلغ السابعة من  
عمره يستغني عن عينه في لباسه وأكله ونحو ذلك<sup>(١)</sup> .

### القاعدة الثانية والعشرون

#### الفرم بالغنم

١٠٧ - أي ان من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره . ومن  
فروع هذه القاعدة أن الشركاء يتحملون الخسارة بنسبة حصصهم في مال  
الشركة كما يأخذون الربح بنسبة هذه الحصص . وكذا نفقات ترميم  
العقار المشترك تكون على الشركاء بنسبة حصصهم فيه كما هو الحكم في  
تقسيم غلته . واجور تسجيل بيع العقار في الطابو يتحملها المشتري لانه هو  
الذي يتنفع بهذا التسجيل فيتحمل نفقاته .

(١) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ص ٤٥ .

### القاعدة الثالثة والعشرون

#### جناية المعجماء جبار

١٠٨ - أي ما تلفه البهيمة أو ما تسببه من ضرر للناس يعتبر هدرا لا ضمان على صاحبها الا اذا نشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير • فلو ربط شخص فرسه في المحل المعد لها فأتلفت فرسا لآخر فلا ضمان على صاحبها • ولكن لو أطلق شخص دابته في مزارعات الغير أو رآها فيه دون أن يطلقها هو فلم يمنمها ويحجزها عن الزرع ضمن في الحالتين لانه في الاولى يعتبر متعديا وفي الثانية مقصرا •

### القاعدة الرابعة والعشرون

لا يجوز لاحد أن يتصرف في ملك الغير بلا اذنه

١٠٩ - ملك الغير محترم فلا يجوز انتهاك حرمة بالتصرف فيه بلا اذن من صاحبه • وعلى هذا لا يجوز استعمال المال المشترك من قبل الشريك بلا اذنه ، ولا استعمال حائط الجار بلا اذنه • والاذن قد يكون صريحا كما في توكيل انسان لآخر في بيع داره • وقد يكون الاذن دلالة ، كما في ذبح الراعي شاة مشرقة على الهلاك لانه مأذون دلالة من صاحبها بذبحها في هذه الحالة • وكما لا يجوز لاحد التصرف في ملك الغير بدون اذنه ، لا يجوز أيضا له أن يأمر غيره بالتصرف في ملك الغير ، وعلى هذا الاساس جاءت القاعدة الفقهية « الامر بالتصرف في ملك الغير باطل » ، فان فعل المأمور في هذه الحالة كان ضامنا ما فعله كما لو أتلف مالا تنفيذا لامر الغير واذا كان مجبرا لا ضمان عليه ، أما اذا جهل كون المال راجعا للغير لا للأمر فانه في هذه الحالة يضمن وله حق الرجوع على الأمر •

### القاعدة الخامسة والعشرون

#### الاجر والضمان لا يجتمعان

١١٠ - المراد بضمان الشيء اعطاء مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا • ومعنى القاعدة أن ما يجب فيه ضمان لا تجب فيه أجرة ، لان في

الضمان معنى التملك ، فالضامن كالمالك ، والمالك لا يدفع أجره عما يملك  
فكذا الضامن . وعلى هذا من استأجر شيئاً ثم أتلّفه بتعد منه أو تقصير ،  
ضمن ما أتلّف بالمثل أو بالقيمة ولا أجره عليه<sup>(١)</sup> .

#### القاعدة السادسة والعشرون

من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه

١١١ - هذه القاعدة قامت على معاني السياسة الشرعية وسد الذرائع  
المفضية الى الفساد . ومعنى القاعدة ان من يتوسل بالوسائل غير المشروعة  
استعجالاً منه للحصول على مقصوده فإنه يحرم من مقصوده هذا جزاء فعله  
واستعجاله . ومن فروع هذه القاعدة ، حرمان الوارث من الارث اذا قتل  
مورثه بلا سبب شرعي ، وكذا يحرم الموصى له من الوصية اذا قتل الموصي  
بلا سبب شرعي . وتوريث مطلقة الفار طلاقاً بائناً . والفار هو المريض  
مرض الموت اذا طلق زوجته في مرضه هذا طلاقاً بائناً فإنها ترثه رداً لقصد  
السي . وكذا تحريم المرأة على من تزوجها في العدة فإنه يفرق بينهما ولا  
تحل له بعد هذا التفريق على ما أفتى به فقهاء السلف .

---

(١) الاستاذ منير القاضي ، المرجع السابق ص ١٥١ .

## الباب الثاني

### أدوار الفقه

١١٢ - تمهيد :

قلنا ، ان الفقه هو العلم بالاحكام الشرعية العملية ، أي الاحكام المتعلقة بأفعال المكلفين أو هو هذه الاحكام نفسها .

وأفعال المكلفين لا تبقى ثابتة على نمط واحد واسلوب معين وقدر محدود ، فان تتابع الليل والنهار وتبدل الاحوال والظروف واختلاف البيئات كل ذلك يدعو الى زيادة هذه الأفعال واتساعها ، وتنوعها واختلافها ، وتبدل بعضها وتطوره كما هو مشاهد في الماضي والحاضر . ومن البديهي أن يكون الفقه هو الآخر في نمو وازدياد وتطور تبعاً لذلك .

ونحن في هذا الباب نريد أن نرجع الى أيام الفقه الاولى لتنظر كيف نشأ ، ثم تتابعه في نشأته لترى كيف نما وازدهر ، ثم كيف ركد ووقف ، ولتقف على العوامل والاسباب التي أثرت في أطواره هذه كلها .

وفي سبيل هذا الذي نريد ، آثرنا أن نقسم الادوار التي مر بها الفقه الى ستة أدوار ، تسهلاً للبحث ، ثم نتكلم عن كل دور في فصل على حدة . وهذه الادوار هي :

أولاً - عصر النبي (ص) .

ثانياً - عصر الخلفاء الراشدين .

ثالثاً - عصر ما بعد الخلفاء الراشدين الى أوائل القرن الثاني للهجرة

أو الى قبيل سقوط الدولة الاموية .



رابعا - من أوائل القرن الثاني الهجري الى منتصف القرن الرابع

الهجري •

خامسا - من نهاية الدور السابق الى سقوط بغداد على يد

التر سنة ٦٥٦ هـ •

سادسا - من سقوط بغداد الى وقتنا الحاضر •

هذا وان بعض الكتاب يسمي أدوار الفقه الاسلامي بـ « أدوار التشريع الاسلامي » مع أن التشريع ، وهو سن الاحكام الشرعية ، من حق الله وحده • ووجهتهم في هذه التسمية هو أن الفقه يستند الى نصوص الشريعة والمصادر التي أشارت اليها ، وان استنباط الاحكام من هذه المصادر كان باذن من الشريعة • وعلى كل حال فسواء قلنا أدوار الفقه أو أدوار التشريع الاسلامي فالمعنى واحد ، على اعتبار أن المقصود بالتشريع الاسلامي هو الاحكام التي وردت بها النصوص الصريحة في الكتاب والسنة أو التي استنبطت استنباطا من هذه النصوص أو من المصادر التي أشارت اليها هذه النصوص •

## الفصل الأول

### الدور الاول

#### عصر النبي (ص)

١١٣ - يعتبر عصر النبي (ص) أهم المصور الفقهية على الإطلاق ، لان التشريع الالهي تم في هذا العصر ، والتشريع الالهي - كما هو معلوم - أساس الفقه في جميع أدواره وعصوره في الماضي والحاضر والمستقبل .  
والفقه في هذا العصر هو فقه الوحي فقط ، فكانت الاحكام الشرعية تنزل على النبي (ص) بلفظها ومعناها ( أي القرآن ) أو بمعناها فقط ( أي السنة ) ويقوم النبي (ص) بتبليغها الى الناس . فمصدر الاحكام الشرعية هو الوحي ولا شيء غيره ، أما اجتهاد النبي (ص) وأصحابه فراجع الى الوحي كما سنين ذلك فيما بعد .

#### ١١٤ - التشريع في مكة ، او التشريع المكي :

لبث النبي (ص) ما يقرب من ثلاث عشرة سنة في مكة المكرمة وهي المدة من بعثته الى هجرته . وقد اتجه الوحي في هذه الفترة الى ناحية العقيدة والاخلاق ولم يتعرض الى الاحكام العملية الا قليلا وبشكل كلي غالباً<sup>(١)</sup> . والسبب في هذا النهج هو أن العقيدة هي الاساس الاول لكل ما تأتي به الشريعة من أحكام وتفصيلات ، فلا بد ، اذن ، من اصلاحها وتنقيتها من الشوائب والاباطيل ، وجعلها قائمة على الايمان بالله ورسوله واليوم الآخر . وهكذا كانت آيات القرآن تنزل موضحة هذا المعنى بالدليل والبرهان ، طالبة من المخاطبين استعمال عقولهم والنظر في ملكوت السموات والارض ، منكرة عليهم جهلهم باصول العقيدة الحققة وتقليدهم الاعمى لفضلال الآباء والاجداد . . . . . وكذلك كان القرآن ينزل بالآيات الكثيرة في الاخلاق ولزوم

(١) الشاطبي ج ٣ ص ٤٦ وما بعدها .

الاعتصام بالطيب منها دون الخيث ، لان الاخلاق الفاضلة من لوازم العقيدة الحققة وأساس العمل الصالح . أما الاحكام العملية فكانت تشريعها على نحو قليل وكلي لا تفصيلي ، فما كان في المسلمين من حاجة الى الاحكام العملية التفصيلية وهم قلة مستضعفون لا قوة لهم ولا سلطان ، حتى ان بعضهم هاجر الى الحبشة فرارا بدينه وتخلصا من أذى المخالفين المشركين .

١١٥ - التشريع بعد الهجرة ، او التشريع المدني :

ثم أذن الله لنبيه (ص) بالهجرة الى المدينة بعد أن أسلم بعض أهلها ونهياً المجال لتقلّة النبي (ص) اليها وقيامه بالدعوة فيها واتخاذها مركزاً لدولة الاسلام . . . . وهكذا هاجر النبي (ص) وأصحابه اليها فوجدوا الجو ملائماً لان يقيموا لهم تنظيمًا اجتماعياً وسياسياً على أساس الدين الجديد . فظهرت أول دولة في تلك البقعة الصغيرة النائية ، المدينة ، وكان أول رئيس لها هو النبي (ص) . ومن ذلك الوقت ظهرت الحاجة الى التشريعات العملية التي تقام عليها أمور هذا المجتمع الاسلامي الجديد ، وتساس بمقتضاها شؤون هذه الدولة الاسلامية الفتية . فأتجه التشريع الى النواحي العملية ، سواء منها ما اتصل بحياة الافراد أو بحياة الجماعة ، فشرعت أحكام العبادات والجهاد ، وتنظيمات الاسرة من زواج وبيان لحقوق الزوجين والفرقة واسلوبها ومدتها والبنوة وحقوقها والميراث وانصبه الورثة ونحو ذلك . كما أنزلت الاحكام المتعلقة بالجرائم والعقوبات وانواع المعاملات وحقوق الحاكم والمحكوم وعلاقة الدولة الاسلامية مع غيرها . وباختصار لم يترك التشريع الآلهي جانباً من جوانب الحياة الاجاء بتنظيم دقيق محكم له .

١١٦ - طريقة التشريع :

كان تشريع الاحكام في هذا المصير يتم بأحد الوجهين التاليين :

الاول : تقع حوادث تقتضي حكماً من الشارع ، أو يعرض للمسلمين أمور تقتضيهم سؤال النبي (ص) عن حكمها . ففي هذه الحالات كان النبي (ص) ينتظر الوحي السماوي فينزل عليه بالآية أو الآيات مينة حكم

ما وقع أو جواب ما سئل عنه • وقد ينزل عليه الحكم بالمعنى ويعبر عنه بلفظه وهذا هو السنة • وأحيانا لا ينزل عليه الوحي بالحكم المطلوب فيجتهد النبي (ص) كما حصل له في قضية أسرى بدر وغيرها مما سنبينه فيما بعد • فمن الأحكام التي نزلت بمناسبة حوادث وقعت ، قوله تعالى : ( ولا تمكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ) فقد نزلت هذه الآية بمناسبة حادثة خلاصتها ان أحد المسلمين عزم على نكاح مشركة وعلق نكاحه على موافقة النبي (ص) فلما أخبره بذلك نزلت هذه الآية •

ومن الأحكام التي نزلت جوابا عن سؤال قوله تعالى : ( يسألونك عن المحيض ، قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطمهرن ) • وقوله تعالى : ( ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير ) • و ( يسألونك ماذا ينفقون قل العفو ) • ومن السنة ما روى أن بعض الصحابة سألوا النبي (ص) عن ماء البحر وجواز الوضوء به فقال لهم : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » (١) •

الثاني ورود الأحكام غير مسبقة بسؤال ولا حادثة معينة ، ولكن الشارع يرى ان الاوان قد آن لتشريع هذه الأحكام لضرورتها للمجتمع الذي يريد تكوينه وإيجاده ، لان الشريعة ما جاءت فقط لسد حاجات قائمة واعطاء الحلول لوقائع حاصلة فعلا وانما جاءت لايجاد مجتمع من نوع خاص قائم على أسس معينة ليكون هو المثل الاعلى لكل مجتمع في المستقبل • ومن هذا النوع من الأحكام ، الشورى في الحكم ، وتبيان مقادير الزكاة ، وتفصيل كثير من أحكام الاسرة وبيان بعض العقوبات ونحو ذلك •

#### ١١٧ - مميزات التشريع في هذا المورد :

مر قام التشريع على أساس مراعاة مصالح الناس ودرء الاضرار والمفاسد عنهم ، وهذا هو الاصل الكبير الجامع لجميع أحكام الشريعة الاسلامية •

(١) نيل الاوطار ج ١ ص ١٤ •

وبناء على هذا الاصل نستطيع أن نعدد ميزات التشريع في هذا الدور ، وهي بالحقيقة مظاهر لهذا الاصل الكبير : رعاية مصالح الناس ودفعهم الضرر عنهم . فمن هذه المظاهر ، وان شئت قل الميزات ، ما يأتي :

#### ١١٨ - أولا - التدرج في التشريع :

فالقرآن الكريم ما نزلت أحكامه مرة واحدة وكذا أحكام السنة ما جاءت دفعة واحدة . وقد رأينا أن الأحكام كانت تنزل جوابا عن سؤال ، أو تبيانا لحكم حادثة وقعت أو بناء على تقدير الشارع ان حكما معينا قد آن أو ان تشريعه وتنفيذه وهذا كله يجعل التشريع موصوفا بالتدرج . والحكمة في ذلك ان هذا النهج في التشريع يجعل الأحكام أخف على النفس مما لو نزلت دفعة واحدة وبالتالي تكون أدعى الى القبول والامثال . كما أن في هذا التدرج تيسيرا للمخاطبين لمعرفة الأحكام وحفظها والاحاطة بأسبابها وظروف تشريعها ، وهذا هو الملائم لحالة العرب ، وهم المسلمون الاولون ، اذ ما كانت القراءة والكتابة شائعة فيهم ، وكان جل اعتمادهم على ذاكرتهم وحفظهم ، فمن حقهم أن تراعى حالتهم هذه وتنزل عليهم الأحكام شيئا فشيئا حتى يمكن استيعابها ومعرفة وحفظها .

#### والتدرج في التشريع أنواع :

أ - تدرج زمني : بمعنى أن الأحكام ما كانت تنزل في زمن واحد ، وانما كان منها المتقدم ومنها المتأخر كما هو معروف ، فأحكام القانون الاسلامي ما شرعت دفعة واحدة وانما استغرق تشريعها طيلة مدة النبوة .

ب - تدرج في أنواع ما شرع من أحكام : وهذا أمر ظاهر ، فان المسلمين لم يكلفوا بالتكليفات الكثيرة في بدء الاسلام ، بل أخذوا بالرفق تيسيرا على نفوسهم ، فجاءت التكليفات قليلة أولا ليكون كل تكليف سابق تمهيدا لقبول التكليف اللاحق . فالصلاة مثل شرعت في أول الامر صلاة بالفداء وصلاة بالشبي ثم جعلت خمس صلوات في اليوم والليلة . والزكاة ما كان لها حد محدود وانما ترك الامر للمسلم ينفق ما يستطيعه ويشاؤه ،

ثم عينت مقاديرها على سبيل الالتزام • والخمر ما حرمت رأسا وانما مهد لها بيان أضرارها أولا ثم النهي عن قربان الصلاة في حالة السكر ثانيا ثم جاء التحريم القاطع أخيرا • والقتال كان في بدء الاسلام غير مأمور به لقلة عدد المسلمين ، فأمروا بالعمو والصبر على الاعداء ، والاعراض عنهم وترك مقاتلتهم ، قال تعالى : « اتبع ما أوحى إليك من ربك لا اله الا هو وأعرض عن المشركين » (١) ثم لما قوي المسلمون أذن لهم في القتال دفاعا عن أنفسهم ، قال تعالى : « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا وإن الله على نصرهم لقدير » (٢) ثم فرض عليهم القتال فرضا قال تعالى : « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين » (٣) « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله » (٤) •

ج - تدرج بذكر الاحكام بشكل كلي ثم يأتي التفصيل بعد ذلك •  
فالتشريع المكّي ، فيما تعرض له من أحكام عملية ، جاء بشكل كلي ثم جاء التشريع المدني مفصلا لهذا الكلي (٥) •

#### ١١٩ - ثانيا - رفع الحرج :

ومن مميزات التشريع في هذا الدور أيضا ، رفع الحرج (٦) • وهذا ظاهر للمتبع لاحكام الشريعة ، فهناك نصوص صريحة تدل على أن الشارع ما يريد به عباده الا التيسير والتخفيف ولا يريد بأحكامه التضييق والتشديد قال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » « يريد الله ان يخفف عنكم » « وما جعل عليكم في الدين من حرج » • وفي السنة أيضا

(١) سورة الانعام ، الآية ١٠٦ •

(٢) سورة الحج ، الآية ٣٩ •

(٣) سورة البقرة ، الآية ١٩٠ •

(٤) سورة الانفال ، الآية ٣٩ •

(٥) الشاطبي ج ٣ ص ٤٦ وما بعدها •

(٦) وهذه الميزة ليست خاصة بهذا الدور ، بل هي ميزة أصيلة للتشريع الاسلامي لا ينفك عنها في أي دور من الادوار •

الشيء الكثير من النصوص بهذا المعنى ، من ذلك « يسروا ولا تعسروا »  
« بشت بالحيفة السحرة » • وصح أن النبي (ص) ما خير بين شيئين الا  
اختار أيسرهما • وقال عليه السلام : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم  
بالسواك عند كل صلاة » •

فرفع الحرج أصل مقطوع به في الشريعة ، ومن مظاهره ما يأتي :  
أ - اعتبار المرض والسفر والأكراء والخطأ والنسيان اعدارا لتخفيف  
الاحكام وتشريع الرخص • والقاعدة الشرعية «الضرورات تبيح المحظورات»  
بنيت على أصل رفع الحرج دفعا للمشاق والضيق عن أصحاب الاعذار  
والضرورات •

ب - قلة التكاليف في الشريعة : <sup>ففي</sup> التشريع الآلهي في هذا العصر لم  
يأت بتكاليف كثيرة ترهق المكلفين لان في الارهاق حرجا وضيقا ، والخرج  
مرفوع كما قدمنا • كما أن المقصود من التكليف اىصال المكلف الى الحياة  
السعيدة في الدنيا والآخرة فلا يأتي التشريع الا بالقدر اللازم الذي تطيقه  
الطبيعة البشرية • ومما يدل على أن رغبة الشارع تقليل التكاليف ما أمكن  
التقليل ما جاء في السنة من أحاديث منها : « ان الله فرض فرائض فلا  
تضيفوها وحد حدودا فلا تعتدوها وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن  
أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها » وعندما سأل أحدهم النبي (ص)  
عن الحج وهل هو في كل عام ؟ قال النبي (ص) : « لو قلت نعم لوجبت ،  
ذروني ما تركتكم فانما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم واختلافهم على  
أنبيائهم » •

#### ١٢٠ - ثالثا - النسخ :

ومعناه رفع الحكم السابق بحكم لاحق • وقد وقع النسخ في التشريع  
الاسلامي في هذا الدور فقط ، وسببه رعاية المصلحة ورفع الحرج والضيق  
عن المكلفين وأخذهم بسنة التدرج والرفق ، فمن ذلك :

الشريعة الاسلامية (م-أ)

أ - ان عدة المتوفى عنها زوجها كانت في أول الامر سنة كاملة وكان  
على الزوج أن يوصي لها بالنفقة والسكنى في هذه المدة ، قال تعالى :  
« والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول  
غير اخراج »<sup>(١)</sup> ثم جعلت العدة أربعة اشهر وعشرة ايام ، قال تعالى :  
« والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة اشهر  
وعشرا »<sup>(٢)</sup> .

ب - وكانت الوصية للوالدين والاقربين واجبة ثم نسخت باية  
المواريث كما جاءت السنة مؤكدة لهذا النسخ فقد جاء في الحديث عن النبي  
(ص) : « ان الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث » .

ج - نهى النبي (ص) عن زيارة القبور ثم أباحها بعد ذلك ، فقد جاء  
في الحديث : « كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها فانها تذكركم  
الآخرة » .

د - نهى النبي (ص) عن ادخار لحوم الاضاحي لاجل الوفود التي  
جاءت الى المدينة ثم أباح لهم الادخار بعد ذلك .  
هـ - كانت القبلة أولا الى بيت المقدس ثم جعلت القبلة في الصلاة  
الى الكعبة .

#### ١٢١ - الاجتهاد في هذا العصر واثره في التشريع :

قلنا ان الفقه في هذا العصر هو فقه الوحي ، أي أن مصدر التشريع  
هو وحي الله في قرآنه أو على لسان رسوله في السنة . ولكن ثبت ان النبي  
(ص) اجتهد ، وانه أذن لأصحابه بالاجتهاد وأقرهم على بعض ما اجتهدوا  
فيه ، فهل يعتبر الاجتهاد في هذا الدور مصدرا للفقه وتشريع الاحكام ؟  
هذا ما نجيب عليه مبتدئين أولا بذكر بعض ما اجتهد فيه النبي (ص) وما  
اجتهد فيه أصحابه .

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٤٠ .

(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٣٤ .



١٢٢ - فمن اجتهادات النبي (ص) انه أخذ الفداء من أسرى بدر ، لان حكم الاسرى لم يشرع في ذلك الحين ولم ينزل الوحي بحكم هؤلاء الاسرى فاجتهد النبي (ص) واستشار أبا بكر وعمر فآشار أبو بكر بأخذ الفداء وخالفه عمر ، فأخذ النبي (ص) الفداء من الاسرى . ومنه أيضا اذنه للمتخلفين عن غزوة تبوك بالبقاء في المدينة بناء على ما أدعوه من أعداءه . ومنه ما جاء في الحديث أن النبي (ص) قال لاحدى أزواجه : « لولا أن قومك حديثو عهد بكفر لبنت الكعبة على قواعد ابراهيم » وهذا الخبر يشهد بأن النبي (ص) كان يرجع بعض الامور على بعض لما يراه من المصلحة للامة . وكذلك قوله عليه السلام : « لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » فهذا تخيير منه عليه السلام في أمر السواك واثار ترك الامر به لدفع المشقة عن الامة .

١٢٣ - ومن اجتهادات الصحابة : أو اذن النبي (ص) لهم بالاجتهاد ، حديث معاذ المشهور ، فان النبي (ص) بعثه الى اليمن وقال له : كيف تصنع ان عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بما في كتاب الله . قال : فان لم يكن في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله . قال : فان لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : اجتهد رأيي لا آلو - أي لا أقصر - فضرب رسول الله (ص) يده على صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله . . فهذا دليل على اذن النبي (ص) للمسلمين في الاجتهاد . ومن ذلك أن صحابين خرجا في سفر وحن وقت الصلاة ولم يكن معهما ماء فتيما وصليا ثم وجدا الماء قبل خروج الوقت فتوضأ أحدهما وأعاد الصلاة ولم يعد الآخر ، فلما قدما على النبي (ص) وأخبرا بما حصل صوبهما ولم ينكر على أحدهما وقال للذي لم يعد صلاته : « أصبت السنة وأجزأتك صلاتك » . وقال للذي أعاد : « لك الاجر مرتين » . ومن ذلك أيضا أن النبي (ص) لما رجع من معركة الخندق وأراد أن ينزع لباس الحرب أمره الله بالتوجه الى بني قريضة ، فقال النبي (ص) لاصحابه « لا يصلين أحد منكم العصر الا

في بني قريظة ، فساروا مسرعين متوجهين الى بني قريضة ، فلما حان وقت العصر صلى بعضهم في الطريق وأول كلام النبي (ص) بأنه أراد السرعة في المسير لا تأخير الصلاة • ولم يصل البعض الآخر الا بعد وصوله الى بني قريظة • ولم ينكر النبي (ص) على أحد الفريقين •

١٢٤ - فالاجتهاد ، اذن ، ثابت وواقع في عصر النبي (ص) • ولكنه لم يكن مصدرا للتشريع مستقلا عن الوحي • وبيان هذا ان اجتهاد النبي (ص) أما أن يكون عن الهام الله له فهذا وحي بالمعنى وهو من قبيل السنة ، واما أن يكون اجتهاده عليه السلام بدون الهام من الله له ، وفي هذه الحالة لا يقره الله على اجتهاده اذا لم يكن صوابا كما في قضية أسرى بدر اذ نزل القرآن مينا أن أخذ الفداء ما كان صوابا ، وكذا نزل العتاب لاذنه للمتخلفين عن غزوة تبوك بالبقاء في المدينة • قال تعالى : « عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » • فاجتهاد النبي (ص) مرده الى الوحي وليس بمصدر مستقل للتشريع •

أما اجتهاد أصحابه فمرده الى النبي (ص) فان أقره صار تشريعا للامة وان لم يقره لم يكن تشريعا ، فلا يعتبر اجتهاد الصحابة مصدرا للفقهاء • ولا يقال ما الفائدة اذن من وقوع الاجتهاد اذا لم يكن مصدرا للتشريع ، لان الحكمة من وقوعه اعلام الامة بجواز استنباط الاحكام بطريق الاجتهاد وارشادها اليه •

#### ١٢٥ - لا اختلاف في هذا العصر :

تبين مما قلناه أن النبي (ص) هو مرجع الفتيا والقضاء وهو المبلغ عن الله أحكام الاسلام ، فلا مصدر للتشريع في هذا العصر الا القرآن والسنة • أما اجتهاد الصحابة فمرده الى النبي (ص) فهو الذي يقره أو ينكره ، فما كان اجتهادهم مصدرا مستقلا للفقهاء ، وحيث لا اجتهاد فلا اختلاف ولا تعدد أقوال في المسألة الواحدة ، ولا اجماع •

## ١٢٦ - التدوين في هذا العصر :

اتخذ النبي (ص) كتابا يكتبون له ما ينزل من القرآن ، ومن هؤلاء زيد بن ثابت وعلي بن ابي طالب ، وعثمان بن عفان وغيرهم . كما أن بعض الصحابة كان يكتب لنفسه ما يتيسر له كتابته من آيات القرآن الكريم . وتوفي الرسول (ص) والقرآن محفوظ في الصدور ، مدون كله في الرقاع ونحوها ، الا أنه لم يكن مجموعا في مصحف واحد وانما كان مفرقا حتى تم جمعه في مجموعة واحدة - أي في مصحف واحد - في زمن ابي بكر كما سنذكره فيما بعد .

أما السنة فلم يتخذ النبي (ص) كتابا يكتبونها ولم يأمر بكتابتها ، بل نهى عن كتابتها في أول الامر<sup>(١)</sup> خشية اختلاطها بالقرآن ثم أباح لهم كتابتها فكان بعض الصحابة يكتب ما يسمعه من النبي (ص) مثل عبدالله بن عمر بن العاص<sup>(٢)</sup> . والبسنة ، وان لم تدون ، فقد كانت محفوظة في صدور الصحابة وبلغوها لغيرهم ولم يفقد منها شيء ، لان السنة مينة للقرآن وشارحة له ، والقرآن محفوظ بحفظ الله . قال تعالى : « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » ومن تمام حفظه حفظ السنة له .

---

(١) جاء في صحيح مسلم عن النبي (ص) : « لا تكتبوا عني ، ومن كتب عني غير القرآن فليمحه وحدثوا عني ولا حرج » . ومن كتب علي متعمدا فليتبوا مقعده من النار » . صحيح مسلم ج ١٨ ص ١٢٩ . وهذا النهي محمول - في أول الامر - على خشية اختلاط السنة بالقرآن فلما أمن اللبس والاختلاط أبيع لهم أن يكتبوا . ويجوز أن يكون النهي عن كتابة السنة موجها الى كتاب الوحي خاصة لئلا يختلط ما يكتبونه من السنة بما يكتبون من القرآن .

(٢) قال عبدالله بن عمرو بن العاص : كنت أكتب كل شيء اسمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد حفظه فنهتني قريش فقالوا : انك تكتب كل شيء تسمعه من رسول الله (ص) ورسول الله (ص) بشر ، يتكلم في الغضب والرضا ، فامسكت عن الكتاب فذكرت ذلك لرسول الله (ص) فقال : « أكتب ، فوالذي نفسي بيده ما أخرج مني الا حق » : مسند الامام احمد ج ١٠ ص ١٢ .

## الفصل الثاني

### الدور الثاني

عصر الخلفاء الراشدين

١٢٧ - تمهيد :

انقضى عصر النبي (ص) وقد تم فيه التشريع الألهي في الكتاب والسنة وهما الاصلان العظيمان اللذان خلفهما هذا العصر للعصر الذي تلاه ولجميع العصور اللاحقة به .

وقد بدأ الفقه بالنمو والامتداد في هذا الدور الذي نحن بصددده ، ذلك أن الفقهاء بعد وفاة النبي (ص) واجهوا وقائع وأحداثا ما كان لهم بها عهد في أيام النبي (ص) فكان لابد من معرفة حكم الله فيها . كما أن الحروب التي وقعت وما نتج عنها من قضايا وعلاقات بين المسلمين وبين غيرهم في أثناء الحرب وبسببها أدت إلى كثرة المسائل الفقهية . والفتوحات الإسلامية وما ترتب عليها من امتداد سلطان الإسلام على بلاد كثيرة ، واتصال المسلمين بأهل تلك البلاد ، ولكل بلد أعرافه وعاداته وتقاليده ونظمه ، كل ذلك أدى إلى ظهور مسائل وقضايا جديدة تستلزم معرفة حكم الشرع فيها . وقد قام فقهاء الصحابة بمهمة التعرف على أحكام هذه المسائل والوقائع الجديدة فاجتهدوا واستعملوا آرائهم على ضوء قواعد الشريعة ومبادئها العامة ومعرفتهم بمقاصدها . وهكذا ظهر الاجتهاد بالرأي كمصدر مستقل للفقه بعد أن لم يكن له وجود في عصر النبي (ص) . والاجتهاد - وهو يقوم على الرأي - لابد أن يتبعه اختلاف وهذا ما حصل في هذا الدور وما كان له من وجود في عصر النبي (ص) . وكما اجتهد الفقهاء في هذا العصر واختلفوا فقد اجتهدوا واتفقوا ، والاتفاق هو الاجماع ، وهكذا ظهر الاجماع في هذا الدور كمصدر للفقه وما كان له وجود في عصر النبي (ص) .

١٢٨ - طريقته في التعرف على الاحكام :

كان فقهاء الصحابة - اذا نزلت النازلة - التمسوا حكمها في كتاب الله ، فان لم يجدوا الحكم فيه تحولوا الى السنة ، فان لم يجدوا الحكم ، تحولوا الى الرأي وقضوا بما أداهم اليه اجتهادهم . وكان الاجتهاد في زمن أبي بكر وعمر بن الخطاب اجتهادا جماعيا أي يأخذ شكل الشورى ، فكان الخليفة اذا عرض عليه الامر دعا أولي الرأي والفقه وطرح عليهم المسألة وتناقشوا فيها فاذا اتفقت آراؤهم في حكم المسألة قضى بما اتفقوا عليه ، وان اختلفت أخذ بما يراه صوابا . وكما وقع الاجتهاد الجماعي وقع أيضا الاجتهاد الفردي ، من الخليفة نفسه ومن غيره . الا ان الاجتهاد الجماعي كان هو الغالب في عصر الخليفة الاول والثاني وكان أكثر ما يكون في المسائل العامة كما في مسألة تقسيم أرض السواد في العراق على الفاتحين واستشارة عمر لفقهاء الصحابة وكبارهم في هذه المسألة .

وقد وردت عن فقهاء الصحابة في هذا العصر آثار كثيرة تدل على أن نهجهم في استنباط الاحكام هو ما ذكرناه ، وانهم كانوا يأخذون بالرأي حيث لا نص في المسألة ، وان الاجماع كان معتبرا عندهم . فمن ذلك (١) : أ - كان أبو بكر اذا ورد عليه الخصوم أو عرضت عليه مسألة نظر في كتاب الله ، فان وجد فيه ما يقضي به قضى به ، وان لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسوله (ص) فان وجد فيها ما يقضي به قضى به ، فان أعيا ذلك سأل الناس : هل علمتم أن رسول الله (ص) قضى فيه بقضاء ؟ فربما قام اليه القوم فيقولون قضى فيه بكذا وكذا فيقضي به ، فان لم يجد سنة سنّها النبي (ص) جمع رؤساء الناس فاستشارهم ، فاذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به . وكان عمر يفعل ذلك .

ب - كان ابو بكر يجتهد برأيه ويقول هذا رأيي فان يكن ضواها فمن الله وان يكن خطأ فمني واستغفر الله .

---

(١) اعلام الموقعين ج ١ ص ٤٥ وما بعدها .

ج - وعمر بن الخطاب اجتهد برأيه ، وكان يقول لكتابه : قل هذا ما رأى عمر بن الخطاب • وكتب عمر بن الخطاب الى شريح : اذا وجدت شيئاً في كتاب الله فاقض به ولا تلتفت الى غيره ، وان أذاك شيء ليس في كتاب الله فاقض بما سن رسول الله (ص) ، فان أذاك ما ليس في كتاب الله ولم يسن فيه رسول الله (ص) فاقض بما أجمع عليه الناس ، وان أذاك ما ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله (ص) ولم يتكلم فيه أحد فبلك فان شئت أن تجتهد برأيك فتقدم وان شئت أن تتأخر فتأخر ، وما أرى التأخر الا خيراً لك • ركتب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري : اعرف الاشياء والامثال وقس الامور •

د - قال عبدالله بن مسعود : من عرض له منكم قضاء فليقض بما في كتاب الله فان لم يكن في كتاب الله فليقض بما قضى فيه نبيه (ص) فان جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض فيه نبيه (ص) فليقض بما قضى به الصالحون ، فان جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه (ص) ولم يقض به الصالحون فليجتهد برأيه ، فان لم يحسن فليقم ولا يستحي •  
أما ما روي عن فقهاء الصحابة من ذم الرأي فهو مجمول على ذم الرأي الفاسد أو الرأي فيما ورد فيه النص ، أو الرأي بالنسبة لغير القادر عليه<sup>(١)</sup> •

١٢٩ - البرهان على صحة طريقته في التعرف على الاحكام :

قلنا ان فقهاء الصحابة ، ومنهم الخلفاء الراشدون ، كانوا يتلمسون الحكم في كتاب الله ثم في سنة رسوله (ص) فان لم يجدوا فيها حكم المسألة تحولوا الى الاجتهاد بالرأي • ولا شك ان هذا النهج هو النهج السليم ، ويدل على ذلك أمور :

أولاً : فيما يخص الرجوع الى الكتاب والسنة ، وردت آيات كثيرة

(١) انظر اعلام الموقعين ج ١ ص ٥٥ وما بعدها ، حيث يقسم ابن القيم الراي الى ثلاثة اقسام ويوفق بين اخذ فقهاء الصحابة بالرأي وذهمهم له •

توجب اتباع ما جاء فيها .

ثانيا : وأما الاجتهاد بالرأي ، فبدل عليه أن النبي (ص) نفسه اجتهد فيما لم ينزل عليه فيه وحي ، وأنه (ص) أذن لصحابته في أن يجتهدوا كما في حديث معاذ بن جبل وغيره ، كما أن تعليل الأحكام في القرآن وفي السنة ، يشعر أن تشريع الأحكام مقصود به تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم . فإذا طرأت مسألة لا حكم لها في الكتاب والسنة واستبط حكمها في ضوء المصلحة فإن هذا الاستنباط يكون موافقا لاتجاه الشارع في تشريعه الأحكام .

١٣٠ - المقصود بالرأي :

قلنا ان الصحابة اجتهدوا واستعملوا آراءهم فيما لا نص فيه ، فما المقصود بالرأي ؟ الرأي كما يقول الامام ابن القيم : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات ، فلا يقال لمن رأى بقلبه أمرا غائبا عنه مما يحس به انه رأيه ، ولا يقال أيضا للامر العقول الذي لا يختلف فيه العقول ولا تتعارض فيه الامارات انه رأي وإن احتاج الى فكر وتأمل كدقائق الحساب ونحوها<sup>(١)</sup> .

والواقع ان الرأي لم يتحدد في هذا العصر بمعنى واحد لا يشركه فيه غيره ، بل كان شاملا لما سمي فيما بعد بأسماء خاصة كالقياس والمصالح المرسلة وسد الذرائع . وهذا واضح من المسائل التي رجعوا فيها الى الرأي ، فمن تلك المسائل ما كان مردها الى القياس كما في أخذهم بالعول في الميراث وادخال النقص على جميع ذوي الفروض قياسا على ادخال النقص على الفرماة اذا ضاق مال المفلس عن ايفاء ديونهم . وكما في قول ابن عباس في نهى النبي (ص) عن بيع الطعام قبل قبضه : احسب كل شيء بمنزلة الطعام . وهذا القول من ابن عباس يدل على أخذه بالقياس . وتوريتهم مطلقة الفار أي من طلق زوجته باثنا في مرض موته ، أصله سد الذرائع . وقتلهم الجماعة بالواحد مأخذه المصلحة المرسلة وسد الذرائع .

(١) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٥٥ .

### ١٣١ - التفاتهم الى تعليل الاحكام ورعاية المصلحة :

ومع هذا التنوع في وجوه الرأي عند الفقهاء فان المتبع لاجتهادهم يلحظ انه بأنواعه قام على أساس نظرهم الى علل الاحكام ورعايتهم المصلحة ودرء المفسدة . وعلى هذا الاساس لم يطبقوا بعض الاحكام المنصوص عليها لزوال علتها أو لعدم تحقق شروط تطبيق الحكم وان كان قد يرى ظاهريا ان هذه الشروط متحققة ، أو لفرض الردع والزجر عن الوقوع في المفسدة . كما أدى بهم اجتهادهم القائم على ما ذكرناه الى استنباط الاحكام الجديدة تحقيقا للمصلحة ودقما للمفسدة .

١٣٢ - فمن الاحكام التي وردت بها نصوص ولم تطبق ، ما يأتي :

#### ١ - سهم المؤلفة قلوبهم :

جاء في القرآن الكريم النص على اعطاء المؤلفة قلوبهم سهما من الزكاة ، قال تعالى : « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم » (١) . والمؤلفة قلوبهم منهم المسلم الضعيف في ايمانه ، ومنهم غير المسلم الذي يخشى شره أو يرتجى اسلامه (٢) ، فكان العطاء لهؤلاء لتقوية ضعف الايمان أو اتقاء شر غير المسلم أو استمالته للإسلام ، وهذه هي علة الحكم باعطائهم يوم كان المسلمون قلة وفي حالة ضعف وبحاجة الى تكثير عددهم وانهاء شر مخالفيهم . وفي زمن عمر بن الخطاب لم يعط شيئا من الزكاة لمن كانوا يسمون « المؤلفة قلوبهم » ، وهذا الاجراء من الخليفة عمر بن الخطاب لا يعني الغاء النص أو نسخه ، وانما يعني عدم تطبيقه لعدم توافر شروط التطبيق ، وعدم تطبيق النص شيء والغاء النص شيء آخر ، وما كان لعمر أو غير عمر أن يلغي نصوص القرآن . وتوجيه عمل عمر بن الخطاب ان المسلمين في زمانه كثر عددهم وقويت شوكتهم وصارت لهم

(١) سورة التوبة ، الآية ٦٠ .

(٢) تفسير المنار ج ١٠ ص ٤٩٤ - ٤٩٥ .



دولة قوية مرهوبة الجانب ، وهذه الأحوال التي صار إليها المسلمون تؤدي بطبيعتها الى تقوية اسلام المسلم الضعيف وتثيينه عليه ، وتساعد على ميل غير المسلم الى الاسلام وكف شره وأذاه عن المسلمين . ومعنى هذا أن علة الحكم باعطائهم من الزكاة قد زالت ، وبزوالها لا يبقى مجال لتطبيق النص بخصوص سهم المؤلفه قلوبهم ، كما لو كان هناك فقراء يعطون من الزكاة باعتبارهم من الفقراء أي لعللة الفقر ، فاذا زالت هذه العلة بأن صاروا أغنياء فانهم لا يستحقون سهم الفقراء لزوال علة اعطائهم وهي فقرهم . فالمؤلفة قلوبهم لم يعد لهم وجود في زمن عمر بن الخطاب لزوال المعنى الذي من أجله استحقوا اسم « المؤلفه قلوبهم » وعدم وجودهم يعني عدم وجود مستحق لهذا السهم . فما فعله عمر بن الخطاب يتعلق بشروط تطبيق النص ، ولا يدل ابداء على الغاء النص . فالنص بحكم المؤلفه قلوبهم باق الى يوم القيامة ، لا يلحقه نسخ ويلزم تطبيقه اذا تحققت شروط تطبيقه ، كأن تكون للمسلمين حاجة لمن يرى ولي الامر تألفه على الاسلام<sup>(١)</sup> ، ولهذا دفع عمر بن عبدالعزيز الخليفة الاموي المعروف شيئا من أموال الزكاة لمن رأى ضرورة تألفه على الاسلام<sup>(٢)</sup> .

#### ب - إيقاف حد السرقة :

ورد النص في الكتاب بقطع يد السارق ، ولكن عمر بن الخطاب أوقف تطبيق هذا النص في عام المجاعة فلم يقطع أيدي السراق . وكذلك أوقف تطبيقه على غلطة لحاطب بن بلعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة . ومأخذ عمر فيما ذهب اليه هو ادراكه علة الحكم وفهم حكمته وشروط تطبيقه ، فالسرقة جريمة شنيعة لانها اعتداء على مال الغير فناسبها عقوبة قطع اليد ردعا وزجرا عنها ، ولكن هذه الجريمة تستلزم تحقق شروط كثيرة منها انتفاء الضرورة لان « الضرورات تبيح المحظورات » كما تنطق القاعدة الفقهية ، والناس في عام المجاعة كانوا في ضيق شديد جدا مما يجعل تلك

(١) الاموال لابن عبيد ص ٦٠٧ .

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد ج ٥ ص ٢٥٨ .

الظروف من قبيل الضرورات التي توجب على صاحب المال بذله للمحتاج أما بضمن المثل وأما بالمجان على خلاف بين العلماء ، فإذا لم يدفعه للمحتاج وسرق هذا مال الغير فإن فعله يعتبر من قبيل ما يجري عند الضرورة من فعل المنهيات ولا يعتبر سرقة بالمعنى الذي يستوجب عقوبة قطع اليد . أما قصة غلطة حاطب بن بلتعة ، فقد ذكر عمر بن الخطاب السبب الذي دعاه الى عدم قطع أيديهم فقد قال مخاطباً عبدالرحمن بن حاطب « والله لولا اني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم » (١) . وهذا الصنيع من عمر بن الخطاب لا يدل على نسخ الحكم والفائه وإنما يدل على فهم عميق لعلة الحكم وشروط تطبيقه واحاطة نادرة بأسرار الشريعة وحكمها ومبنى أحكامها . وبعد فإن عدم تطبيق الحكم في واقعة معينة لا يعني إلغاء الحكم وإنما يعني عدم توافر شروط التطبيق في هذه الواقعة ! .

#### ج - ضوال الأبل :

جاء في الحديث الصحيح عن زيد بن خالد أنه سأل النبي (ص) عن ضالة الأبل فقال النبي (ص) : « مالك ولها ، دعها فإن معها خذاءها وسقاءها ، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها » . (٢) . فالحديث صريح في النهي عن التقاط ضالة الأبل ، وهكذا كان الحكم في عهد النبي (ص) وعهد أبي بكر وعمر . ولكن في زمان عثمان بن عفان أمر بأخذها وبيعها وحفظ أثمانها الى أن يظهر صاحبها . وفي زمن علي بن أبي طالب جعل لضوال الأبل بيتاً خاصاً يحبسها فيه ويطعمها ويسقيها من مال بيت المال الى أن يظهر صاحبها ويثبت أنها له (٣) . ولا شك أن ما فعله عثمان وعلي مرده ملاحظة المصلحة التي شرع الحكم من أجلها ، وهي حفظ الأبل الضائعة لصاحبها .

(١) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٧ - ٨ .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص ٣٣٨ - ٣٣٩ .

(٣) شرح الباجي لموطأ مالك ج ٦ ص ١٤٢ و ج ٧ ص ٦٨ والزرقاني شرح موطأ مالك ج ٣ ص ١٢٩ .

وقد كان هذا الحفظ يكفي لتحصيله ترك الابل دون التقاطها فيأتي صاحبها ويأخذ ابله . الا أن هذه المصلحة لم يعد بالامكان تحقيقها بطريق ترك الابل على حالها خوفا من أن تمتد يد غير أمينة اليها وتأخذها نظرا لتغير النفوس فيضيع المال على صاحبه ، فكان هذا التغير داعيا الى التقاط الابل وبيعها كما رأى عثمان ، أو حفظها في محل معين كما رأى علي . وفي هذا وذاك حفظ المال على صاحبه وهو الفرض الذي من أجله شرع الحكم ، فلم يكن ما فعله عثمان وعلي مخالفا للحديث الا مخالفة ظاهرية وهو في الحقيقة موافق للحديث ويحقق الفرض منه .

#### د - الطلاق الثلاث :

كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة على عهد رسول الله (ص) وعهد أبي بكر وستين من خلافة عمر بن الخطاب . فقال عمر ان الناس استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة ، فلو أمضيتم عليهم ، فامضاه عليهم . فعمرو بن الخطاب أوقف تطبيق ما وردت به السنة وهو جعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة ، لانه رأى تتابع الناس في هذه المخالفة وابقاعهم الطلاق ثلاثا بلفظ واحد وهذا خلاف المشروع ، فأراد زجرهم عن هذه المخالفة سدا لذريعة الفساد فأوقعه عليهم . ولا يقال لم لم يعاقبهم النبي (ص) وأبو بكر بايقاع الثلاث عليهم ، لا يقال هذا لان القوم في عصر النبي (ص) وأبي بكر ما كانوا يكثررون ايقاع الطلاق على هذا النحو فكان ما يقع منهم من طلاق ثلاث بلفظ واحد نادرا أو على وجه الخطأ ، أما في زمن عمر فقد كثر منهم هذا الصنيع المخالف لما هو مشروع في باب الطلاق ، فأراد عمر زجرهم عن ذلك بالزامهم بالطلاق الثلاث دفعا لمفسدة مخالفة الطلاق المسنون<sup>(١)</sup> .

#### ١٣٣ - الاحكام المستنبطة على اساس جلب المصلحة و دفع المفسدة :

ومن الاحكام الجديدة التي استنبطوها بناء على تحقيق مصلحة أو درء

(١) اغانة اللهفان لابن القيم ج ١ ص ٢٨٦ ، ٢٣٣ .

مفسدة ما يأتي :

أ - توريث من طلقها زوجها بائنا وهو في مرض الموت ، سدا لذريعة الاضرار بالزوجة • وقد رأى عثمان توريثها سواء مات زوجها في العدة أو بعدها ، ورأى عمر توريثها اذا مات زوجها في العدة ، لا بعدها •

ب - ومن باب سد الذريعة للفساد أيضا ما ذهب اليه عمر من حرمة المرأة مؤبدا على من تزوجها وهي في عدتها<sup>(١)</sup> •

ج - ومنه أيضا جمع القرآن ، وقتل الجماعة بالواحد ، فجمع القرآن اتفق عليه الصحابة • وقتل الجماعة بالواحد ذهب اليه عمر وعليه ولم يعرف لهما مخالف • وكلا الحكمين لوحظ فيه تحقيق المصلحة ودرء المفسدة • ومن هذا القليل أيضا حكم عمر بن الخطاب بامرار الماء من أرض محمد بن مسلمة لسقي أرض جاره الضحاك •

١٣٤ - تقديرهم لآرائهم :

ومع أخذهم بالرأي ورجوعهم اليه ، فما كان أحد منهم يقطع بأن ما وصل اليه هو حكم الله ، وانما كان يقول هذا رأيي فان يكن صوابا فمن الله ، وان يكن خطأ فمني ، والله ورسوله بريئان منه • وهذا ما نقل عن غير واحد من فقهاء الصحابة كأبي بكر وعمر وعبدالله بن مسعود • حتى ان كاتب عمر بن الخطاب أراد أن يكتب : هذا ما رأى الله ورأى عمر ، فقال له عمر بن الخطاب : بشما قلت ، قل هذا ما رأى عمر فان يكن صوابا فمن الله ، وان يكن خطأ فمن عمر<sup>(٢)</sup> •

كما أنهم ما كانوا يلزمون غيرهم بالاخذ بآرائهم فلكل رأيه واجتهاده • يدل على ذلك ما روي أن عمر بن الخطاب لقي رجلا فقال ما صنعت ؟ قال : قضى علي وزيد بكذا ، قال لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال فما منعك والامر اليك ؟ قال لو كنت أردك الى كتاب الله أو الى سنة نبيه (ص) لفعلت ولكني

(١) تاريخ التشريع للخضري ص ١١٨ •

(٢) اعلام الموقعين ج ١ ص ٤٥ ، ١٧٧ •

أردك الى رأي والرأي مشترك ، فلم ينقض ما قال علي وزيد<sup>(٣)</sup> .

#### ١٣٥ - الاكثار من الرأي والاقلال منه :

كان فقهاء الصحابة جميعا لا يلجأون الى الرأي الا اذا لم يجدوا الحكم في الكتاب أو في السنة . الا أنهم ما كانوا سواء في رجوعهم الى الرأي في هذه الحالة فمنهم الكثير من الرأي ومنهم المقل . وكان على رأس الكثيرين عمر وعلي وعبدالله بن مسعود . وعلى رأس المقلين عبدالله بن عمر وعبدالله بن عمرو بن العاص والزبير . وهكذا ظهرت في هذا الدور نزعتان في الفقه : نزعة الاكثار من الرأي ونزعة الاقلال منه . ولا شك أن مرد هاتين النزعتين ليس اعتقاد المقلين حرمة الاخذ بالرأي وانما مرده أمر آخر ، هو ، على ما نرجح ، طبيعة الفقيه نفسه وما فطر عليه ونمط تفكيره . وبيان ذلك ، ان الفقهاء يختلفون في نظرتهم للنصوص واستنباطهم الاحكام ، فمنهم من فطر على حب الوقوف عند ظاهر النصوص والمعنى المتبادر منها وعدم الابتعاد عن هذا المعنى الظاهر المتبادر الا قليلا . ومن شأن هذه النزعة حمل أصحابها على عدم الميل الى الرأي ، والاكتفاء بالنصوص والتهيب من الفتوى بالرأي .

ومن الفقهاء من لا يكفي بظاهر النصوص ، بل ينزع بفطرته الى التغلغل في معاني النصوص والوقوف على مراميها البعيدة وادراك أسرار التشريع وحكمه . ومن شأن هذه النزعة حمل صاحبها على الميل الى الرأي حيث لا نص في المسألة وعدم التهيب من الافتاء بالرأي .

وقد وجدت هاتان النزعتان منذ زمن النبي (ص) لأنهما تقومان على فطرة الفقيه وما جبل عليه ونمط تفكيره وطبيعة نظرتة للامور وتفهمه للنصوص . ويكفي هنا أن نضرب مثلا واحدا يدل على رجحان ما ذهبنا اليه . فقد روي أن النبي (ص) أمر أصحابه بالتوجه الى بني قريظة وأمرهم أن يصلوا العصر في بني قريظة ، ولما حان وقت العصر صلى بعض المسلمين

(٣) اعلام الموقعين ج ١ ص ٥٤ .

في الطريق وقالوا ما أراد الرسول (ص) بقوله الا السرعة في السير وما أراد منا تأخير الصلاة عن وقتها . وفريق آخر لم يصل العصر في الطريق ، بل أخرها الى حين وصوله الى بني قريظة . وقد أخبر الفريقان النبي (ص) بما فعلا فلم ينكر على أحدهما .

#### ١٣٦ - الاختلاف في الرأي :

قلنا ان فقهاء الصحابة اجتهدوا ، والاجتهاد يتبعه اختلاف أو اتفاق . فالاختلاف بالرأي نتيجة حتمية للاجتهاد ، وهو دليل حيوية الفقه كما أنه دليل اعمال الفقهاء عقولهم وشدة حرصهم على معرفة الصواب . وانما كان الخلاف أمرا طبيعيا للاجتهاد بالرأي لان العقول ليست واحدة ، ومدارك الفقهاء ليست واحدة ، وعمق الملكة الفقهية ليست واحدة في الجميع . وعلى هذا فنحن لا نضيق باختلاف الفقهاء ولا نستغرب منها ، بل نمدحها ثروة قانونية عظيمة خلفها السلف للخلف . على أن هذا القول لا يعني أننا نحرص على الاختلافات ونؤثر وقوعها ، لا ، لا نقصد هذا ولا نريده وانما نريد ان نبين أن الخلاف أمر طبيعي في كل اجتهاد وانه بجوهره وجه من وجوه الشريعة وتنزيل أحكامها العامة على الوقائع . فاذا عرفنا هذه الحقيقة نجونا من داء التعصب الذميم لاقوال بعض المجتهدين دون بعض بلا دليل أو برهان ، فالشريعة أوسع من أن يحيطها مذهب مجتهد معين سواء أكان هذا المجتهد الفقيه صاحبيا أم غير صاحبيا . ولهذا فقد اختلف فقهاء الصحابة في بعض ما اجتهدوا فيه .

#### ١٣٧ - أسباب اختلاف الفقهاء في هذا العصر :

يرجع اختلاف الفقهاء في هذا العصر الى جملة أسباب نذكر منها ما يلي :

أولا : اختلافهم بسبب علم البعض بالسنة وعدم علم البعض الآخر بها . وتفصيل ذلك ، ان السنة ما كانت مدونة كما أن أحدا ما كان يستوعبها حفظا ، وانما كانت موزعة فيما بينهم ، فقد يعلم بعضهم منها ما لا

يعلمه الآخرون • وقد ترتب على ذلك أن من علم سنه بويه معيه أفتى بمقتضاها ، ومن لم يعلمها أفتى بما يؤديه اليه اجتهاده ، وربما وافق اجتهاده حكم السنة وربما خالفه • فمن ذلك أن عمر بن الخطاب ما كان يرى أن أصابع اليد في الدية سواء حتى بلغته سنة النبي (ص) القاضي في مساواة أصابع اليد في الدية فعدل عن رأيه • وكان ابن عباس يرى أن الحامل المتوفى عنها زوجها تعتد أبعد الاجلين ، إذ لم تبلغه سنة النبي (ص) في سبعة الاسلمية حيث أخبرها النبي (ص) أن عدتها تنقضي بوضع حملها • وكان زيد بن ثابت وعبدالله بن عمرو وغيرهما يرون أن المرأة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول وقبل أن يفرض لها مهرًا ، أن لا شيء لها من المهر ، لأنهم لم تبلغهم سنة النبي (ص) في بروع بنت واشق الذي جعل لها مهر المثل (٢) •

ثانيا : اختلافهم بسبب عدم ونوقهم بالسنة • فقد يجهل أحدهم السنة فإذا رويت له ربما لا بطمئن بروايتها ولا يثق براويتها لاي سبب كان • فلا يأخذ بها • فمن ذلك أن عمر بن الخطاب لم يثق بحديث فاطمة بنت فيس حيث قالت أن النبي (ص) لم يفرض لها نفقة ولا سكنى لما طلقها زوجها بائنا (٣) •

ثالثا : اختلافهم بسبب اختلافهم في فهم النصوص : فمن ذلك اختلافهم في العدة هل هي ثلاثة أطهار أو ثلاث حيض ، ومرد اختلافهم الى المقصود بكلمة قروء الواردة في قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » (٣) فالقروء جمع قرء وتستعمل بمعنى الطهر وبمعنى الحيض ، فمنهم من حمله على معنى الطهر ومنهم من حمله على معنى الحيض •

(١) محاضرات في أسباب اختلاف الفقهاء تأليف استاذنا علي الخفاجي ص ٢٥ وما بعدها •

(٢) تاريخ التشريع الاسدي الخضرى ص ١٢٠ - ١٢١ •

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٢٨ •

رابعا : اختلافهم بسبب الاجتهاد فيما لا نص فيه • ذلك أن المسائل التي حدثت في هذا العصر ولم ترد فيها نصوص ، اجتهد الفقهاء في استنباط أحكامها ، وكانت طرقهم في استنباط الاحكام لهذه المسائل متعددة ، فتارة يستعملون القياس وطورا يأخذون بالمصلحة أو بسد الذرائع أو غيرها • والانظار تختلف في هذه الاساليب ، والآراء تتباين فيها ، مما يؤدي الى وقوع الخلاف في هذه المسائل ، فمن ذلك ان أبا بكر كان يساوي بين الناس في العطاء ، وكان عمر يخالف بينهم على أساس سابقتهم في الاسلام ، وكان أساس الاختلاف فيما يتحقق به العدل في العطاء ، فكان أبو بكر يرى العدل في المساواة ولا دخل للاسبقية في الاسلام في تقسيم المال ، وعمر كان يرى ان من تمام العدل عدم مساواة من أسلم أولا وهاجر ونصر الاسلام بمن أسلم أخيرا ولم ينصر الاسلام نصرة الاولين •

ومن ذلك رأي الامام عمر فيمن نكح امرأة في عدتها ودخل بها انها تحرم عليه حرمة مؤبدة بعد التفريق بينهما عقوبة له وردعا للآخرين • ورأي الامام علي بن أبي طالب أن لا داعي لتحريمها عليه ، بل يكفي التفريق بينهما وتعزيره على ما فعل • فالاختلاف هنا مرده النظر والرأي وتقدير الحاجة الى الزجر بتحريم المرأة على من تزوجها وهي في العدة<sup>(١)</sup> •

#### ١٣٨ - الاختلاف قليل لا كثير :

ومع أن الفقهاء في هذا العصر اختلفوا ، الا أن اختلافهم كان قليلا لا كثيرا لان الاجتهاد كان يأخذ شكل الشورى لا سيما في زمن أبي بكر • عمر وهذا المسلك يقرب وجهات النظر ويقضي على الاختلاف في معظم الاحيان • كما أن الفقه كان في هذا العصر فقهيا واقعيا بمعنى أن الفقهاء ما كانوا يفرضون المسائل مقدما ويبحثون عن حكمها وانما يقتنون اذا وقعت الحادثة وظهرت الحاجة الى معرفة حكمها مما جعل الافتاء قليلا بالنسبة الى ما حدث فيما بعد ، ومع قلة الافتاء يقل الاختلاف • وأيضا فان المسائل

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص ١١٧ - ١١٨ •



بمجموعها أقل مما حصل في العصور اللاحقة بها • وأخيرا فان فقهاء الصحابة ما كانوا يتجهجون على الفتوى ، بل كانوا يحبون لو كفاهم غيرهم ، ومع فله المقتين يقل الاختلاف •

#### ١٣٩ - أكثر فقاء الصحابة افتاء •

والذين حفظت عنهم الفتوى من اصحاب رسول الله (ص) أكثر من مائه، وثلاثين نفسا ما بين رجل وامرأة • وكان المكثرون منهم في الفتوى سبعة : عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبدالله بن مسعود وعائشة أم المؤمنين وزيد بن ثابت وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر • والمتوسطون منهم : أبو بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبو موسى الأشعري وسعد بن أبي وقاص وسلمان الفارسي وغيرهم<sup>(١)</sup> •

#### ١٤٠ - التدوين في هذا العصر :

في هذا العصر تم تدوين القرآن الكريم في مجموعة واحدة أي في مصحف واحد بعد أن كان موزعا غير مجموع • ويبان ذلك ، أن عمر بن الخطاب جاء الى أبي بكر وقال له ان القتل استحر بقاء القرآن في القتال وأخشى أن يكثر القتل فيهم في مواطن الجهاد الاخرى فيذهب كثير من القرآن ، واني أرى أن تأمر بجمع القرآن • فقال أبو بكر كيف نفعل شيئا لم يفعله رسول الله (ص) ؟ فقال عمر : هذا والله خير ، فلم يزل يراجع عمر حتى شرح الله صدر أبي بكر لذلك ، فأمر أبو بكر زيد بن ثابت بتتبع القرآن وجمعه ، فتم له ذلك ، وكان زيد من كتاب الوحي<sup>(٢)</sup> • وهكذا دون القرآن في مجموعة واحدة •

أما السنة فلم تدون في هذا العصر وظلت محفوظة في صدور الصحابة بلا تدوين • وقد روي أن عمر بن الخطاب هم بكتابتها إلا أنه ترك ذلك •

(١) اعلام الموقعين ج ١ ص ٩ •

(٢) التعريف بالقرآن والحديث تأليف الشيخ محمد عبد الحارث

## الفصل الثالث

### الدور الثالث

١٤١ - تمهيد :

يبدأ هذا الدور من نهاية عصر الخلفاء الراشدين أي من سنة ٤١ هـ الى أوائل القرن الثاني للهجرة أي الى قبيل سقوط الدولة الاموية . وقد سار الفقه في هذا الدور على نهج الصحابة في الفقه ، لان التابعين تلقوا الفقه عنهم ، وساروا على مناهجهم في استنباط الاحكام . فكان فقهاء هذا العصر يرجعون الى الكتاب ثم الى السنة ثم الى الاجتهاد بالرأي بأنواعه ناظرين الى علل الاحكام ومراعاة المصلحة ودفع المفسدة . الا أن التحديث بالسنة شاع في هذا العصر وازداد لاسباب سنذكرها . والاجتهاد بالشورى - وما يتبعه من اجماع على رأي واحد أو على الأقل تقليل الاختلاف لم يعد ممكنا في هذا الدور لتفرق الفقهاء في الامصار وظهور بعض الفرق كالخوارج وغيرهم . واتساع رقعة البلاد الاسلامية وكثرة التوازل أدى الى كثرة المسائل والاختلاف فيها . وأخيرا فان الفقهاء في هذا العصر ما كانوا سواء في نزعتهم الفقهية ، فكان منهم - كما كان في عصر الخلفاء الراشدين - المتعصب من الرأي والجرى فيه ، الا أن ظهور هاتين النزعتين في هذا الدور كان على نحو أشد وأقوى وأوضح من الدور السابق مما أدى الى ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي . وعلى هذا ، فيمكننا ' مال التطورات في الفقه واتجاهاته في هذا الدور بامور ثلاثة : (أولا) اتساع دائرة الفقه وكثرة الخلاف في مسائله . (ثانيا) شيوع رواية الحديث وأثره في الفقه وغيره ( ثالثا ) ظهور مدرسة أهل الحديث ومدرسة أهل الرأي . وتكلم فيما يلي بايجاز عن هذه الامور وما يتعلق بها .

## ١٤٢ - اتساع دائرة الفقه وكثرة الخلاف في مسائله :

دائرة الفقه تتسع بازدياد الحوادث والوقائع ، فكل واقعة لابد لها من حكم في الشريعة اما بالنص واما بالاستنباط . وقد ازدادت الحوادث في هذا العصر ، وهذا هو شأن الحياة ، فاحداثها بازدياد مستمر وتطور وتغير . يضاف الى ذلك اتساع رقعة البلاد الاسلامية ، وهذه البلاد تختلف فيما بينها بالمعادن والتقاليد والاحوال الاجتماعية والاقتصادية ونمط العيش واسلوب المعاملات ودرجة الحضارة ، وكل هذه الامور تدعو الى تنوع الوقائع وبالتالي كثرة مسائل الفقه واتساع دائرته .

هذا من جهة اتساع دائرة الفقه . أما الاختلاف في مسائله فيرجع الى أسباب كثيرة .

أولاً : انتشار الفقهاء ، من الصحابة والتابعين ، في الامصار الاسلامية واستيطانهم فيها . وقد تبع ذلك اقبال الناس عليهم يستفتونهم ويسألونهم عن حكم الشرع فيما يقع عندهم ، ويلتمون عنهم علم الدين والفقه في أحكامه . ولا شك أن أولئك الفقهاء ما كانوا سواء في الفقه وحفظ السنة ومقدار الفهم للكتاب والسنة ، الامر الذي يؤدي الى اختلافهم فيما يجهدون فيه أو يفتون .

ثانياً : ان الاجتهاد بالشورى ، الذي يؤدي الى الاتفاق على رأى واحد أو تقريب وجهات النظر ، لم يعد ممكناً في هذا الدور ، كما قلنا ، لفرق الفقهاء والامصار وتعذر المراجعة والمذاكرة والاتصال فيما بينهم على نحو مؤثر كاف . فضلاً عن قيام بعض الفرق الاسلامية كالخوارج وغيرهم ، وهذه الفرق تختلف فيما بينها في مناهج الاستنباط ومناحي الاستدلال وعدم اطمئنان كل فرقة بما عند الاخرى من فقه وكل هذه الامور تؤدي الى الاختلاف في الرأى .

ثالثاً : ان البلاد التي نزلها الفقهاء ، كانت مختلفة فيما بينها في المعادن والتقاليد ونظم المعاملات وأحوال الاجتماع والاقتصاد ونحو ذلك ، كما

قلنا ، وهذا الاختلاف يؤثر في اجتهادات الفقهاء ، لان الفقيه يراعي احوال بلده وظروفه ما دامت غير مخالفة للشرع .

رابعا : ان أهل كل بلد تلقوا العلم عن فقهاءهم ووثقوا بهم لمعرفةهم بهم ومخالطتهم لهم وقد دعاهم ذلك الى التعلق بفتاويهم والوثوق بمروياتهم والسير على منهاجهم ، فما كان السهل عليهم التحول عما ألفوه وعرفوه وساروا عليه ، كما لم يحسوا بالحاجة الملحة الشديدة الى معرفة فقه غير بلدهم وبحث ما عند فقهاءه . وهكذا نجد كل قطر يلزم فتاوى وأقضية فقهاءه . فأهل المدينة أكثر ما يتبعون فتاوى عبدالله بن عمر الصحابي المعروف ، وفتاوى عبدالله بن عباس وتلاميذه كعجاجة بن جبير وعطاء بن أبي رباح ، وطلووس بن كيسان . وأهل الكوفة اعتمدوا فتاوى عبدالله بن مسعود ومن تلقى الفقه عنه من التابعين كعلقمة النخعي والاسود بن يزيد وابراهيم النخعي . وأهل البصرة اعتمدوا على فتاوى أبي موسى الاشعري ، وائس بن مالك ، ومحمد بن سيرين . وأهل الشام عولوا على فتاوى معاذ بن جبل وعبادة بن الصامت ومن تخرج على ايديهم من التابعين مثل أبي ادريس الخولاني وعمر بن عبدالعزيز ونحوهما . وأهل مصر أخذوا بفتاوى عبدالله بن عمرو بن العاص<sup>(١)</sup> .

#### ١٤٣ - شيوع رواية الحديث ، سببه واثره :

كان التحديث عن رسول الله (ص) في عهد الصحابة قليلا<sup>(٢)</sup> ، أما في هذا الدور فقد شاعت رواية الحديث وكثرت ، وسبب ذلك تفرق الفقهاء في البلاد وتجدد الحوادث وضرورة البحث عن أحكامها ، فكان ذلك داعيا الى السؤال عن السنة وقيام الحافظين لها بالتحديث واستنباط الاحكام منها .

(١) انظر اعلام الموقعين ج ١ ص ١٧ وما بعدها . وتاريخ الفقه الاسلامي ، للشيخ السائس ورفقائه ص ٨٠ .

(٢) وسبب قلة التحديث في عصر الصحابة قلة الوقائع ، ومعرفة الصحابة بالسنة ، فما كانت هناك من حاجة للتحديث بالسنة ابتداء قبل وقوع الحادثة . وما نقل عن عمر من النهي عن كثرة التحديث محمول - في نظرنا - على عدم وثوقه بضبط من يحدث مما قد يؤدي ذلك الى الخطأ .

ولا شك ان اولئك الفقهاء ما كانوا سواء في درجة حفظ السنه ، فقد كان عند بعضهم من السنه ما ليس عند الآخر وكان منهم المكثرون في الرواية والمقلون<sup>(١)</sup> .

وكان من أثر شيوع رواية الحديث ما يأتي :

أ - اتساع الاحكام وكثرة الاستنباط من السنه ، والسنه هي ماده الفقه ومصدره الثاني .

ب - كثرة وضع الحديث من قبل المفسدين المنطوية قلوبهم على بغض الاسلام والكيد له . فقد استغل هؤلاء كثرة التحديث عن رسول الله (ص) فلفقوا الاحاديث ونسبوها الى النبي (ص) وأشاعوها بين المسلمين لافساد دينهم ، وقد شارك في وضع الحديث بعض المتعصبين لآرائهم من أصحاب الفرق المختلفة ، وبعض الجهلة الذين أرادوا - بزعمهم - الخير للناس فوضعوا الاحاديث في باب الفضائل والترغيب والترهيب .

ج - وقد ترتب على وضع الحديث عرقلة سير الفقه وتفسير طريقة الفقهاء وابطائهم في عملهم ، فبعد أن كان الفقيه يسمع الحديث مطمئنا واثقا بصحته فينصرف الى النظر فيه والاستنباط منه ، صارت مهمته - بعد كثرة الوضع - شاقة ، اذ صارت مهمته فحص الحديث سندا ومتا للتأكد من صحته قبل ان ينظر فيه ويستنبط منه . كما أن شيوع الوضع أدى بفقهاء العراق الى اشتراط شروط قليلة لقبول الحديث مما أدى الى تقليص الرواية وقبول القليل مما يسمعون وهذا أدى بهم الى اللجوء الى الرأي أكثر من غيرهم .

د - ولكن مكيدة الوضعيين لم تمر كما قدرُوا ولم تتخذ الامه بما وضعوا ولفقوا فقد قامت ثلة من أعيان علماء الاسلام للكشف عن أولئك

---

(١) السنه لم يحفظها واحد وانما هي محفوظة في الامه . فالصحابه حفظوا السنه بمجموعهم ولم يحفظها واحد بعينه . والسبب في ذلك أن النبي (ص) كان يصدر منه القول أو الفعل فيحفظه ويعيه من كان حاضرا ويفيق عن من كان غائبا .

الوضاعين واظهار كذبهم وتعريف الامة بهم واحدا واحدا ، وهكذا بدأ يتكون علم جديد ليس له نظير عند غير المسلمين ، وهو ما يسمى بعلم الجرح والتعديل ، أو علم الرجال . وهذا العلم دقيق جليل القدر عظيم الفائدة يهدف الى خدمة السنة والكشف عن أحوال رواتها واحدا واحدا وتميز الصادق من الكاذب والضابط من الواهم ، والموثوق بروايته من المطعون فيها . وقد بدأ الكلام في الجرح والتعديل في بداية هذا العصر ، فتقلت أقوال في هذا العلم عن عبدالله بن عباس ثم عن غيره من التابعين ثم تابع القول فيه حتى صار علما مستقلا قائما بذاته له قواعده واصوله ورجاله .

#### ١٤٤ - ظهور مدرسة اهل الحديث ومدرسة اهل الرأي :

قلنا ان الاجتهاد بالرأي في عصر الخلفاء الراشدين كان يقوم على أساس النظر الى علل الاحكام ومراعاة المصلحة ، وان الفقهاء كانوا فريقين : فريق يتهيب من الرأي ولا يلجأ اليه الا قليلا ، وفريق لا يتهيب من الرأي بل يلجأ اليه كلما وجد ضرورة لذلك . وفي هذا العصر اشتد ظهور هاتين النزعتين وأخذت تتحدد ملامح كل منهما وتبين مناهجها ويكثر أنصارها ، فقد وجد الفقهاء من هاتين النزعتين ، فكان منهم الوقافون عند النصوص لا يتجاوزونها ولا يميلون الى الرأي ، ورأوا في منهجهم هذا العصمة من الفتن التي وقعت ، والسلامة من الوقوع في الخطأ والزلل والتهجم على الشريعة بغير علم . وكان أكثر هؤلاء الفقهاء في المدينة بالحجاز . كما وجد من الفقهاء من لا يقف عند النصوص ، بل يقوص في معانيها ويتعرف عللها ويبني على هذه الملل وتلك المعاني الاحكام الجديدة ، ولذا فما كان هؤلاء يتهيئون من الافتاء بالرأي ولا يرون فيه تهجما على الشريعة بغير علم ، بل فيه سلوك ما أرشدت اليه نصوص الشريعة وما ورد فيها من تعليل الاحكام . كما أن هؤلاء وجدوا في كثرة وضع الحديث ما يندفعهم الى المزيد من استعمال الرأي ، وكان أكثر هذا النوع من الفقهاء في الكوفة بالعراق .

وهكذا ظهرت مدرسة أهل الحديث في المدينة ، ومدرسة أهل الرأي في الكوفة .

١٤٥ - أساس الخلاف بين المدرستين :

وليس الخلاف بين المدرستين في الاحتجاج بالسنة ، فهذا لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في أمرين : (الاول) الاخذ بالرأي (والثاني) في تفریع المسائل بناء على الرأي . وتتكلم فيما يلي عن كل أمر من هذين الأمرين على حدة .

الامر الاول - الاخذ بالرأي :

فأهل الحديث يقفون عند النصوص والآثار والمعاني المتبادرة منها ولا يميلون الى الرأي ولا يأخذون به الا اضطرارا وربما توقف بعضهم عن الافتاء بالرأي فيما لا نص فيه ، فقد روي أن رجلا جاء الى سالم بن عبد الله بن عمر وسأله عن مسألة فقال : لم أسمع فيها شيئا ، فقال الرجل : فاجبرني - أصلحك الله - برأيك ، فقال : لا ، ثم أعاد عليه السائل سؤاله قائلا : اني أرضى برأيك ، فقال سالم : لعلي ان أخبرتك برأيي ثم تذهب بعد ذلك فأرى رأيا فلا أجذك<sup>(١)</sup> . وهكذا كان فقهاء مدرسة الحديث يتهيئون من الفتوى بالرأي ويؤثرون الوقوف عند النصوص والآثار ولا يريدون الافتاء بدونها .

أما فقهاء مدرسة الرأي فما كانوا يتهيئون من الفتوى بالرأي ما دام لا نص في الكتاب ولا في السنة فيما يجتهدون فيه . ولهذا أكثروا من استعمال الرأي بخلاف الاولين ، وحجتهم في ذلك أن أحكام الشريعة معقولة المعنى وانها اشتملت على مصالح العباد ، وبنيت على أساس تحقيق تلك المصالح فلا بد من البحث عن تلك العلل والمصالح التي شرعت الاحكام من أجلها حتى يمكن للفقهاء استنباط الاحكام الجديدة على ضوء هذه المصالح

---

(١) تاريخ الفقه الاسلامي ، للشيخ محمد علي السائيس ورفقائه

وتلك العلل • ويستدلون أيضا بفعل كبار فقهاء الصحابة مثل عمر بن الخطاب وعلي وعبد الله بن مسعود حيث كانوا يأخذون بالرأي وينظرون في علل الاحكام ومقاصدها •

#### الامر الثاني - تفريع المسائل :

كان فقهاء مدرسة الحديث لا يفرعون المسائل ولا يفرضون الوقائع ثم يبحثون عن أحكامها ، ولهذا كان فقههم واقعا لا يفتون الا فيما يقع وبالنصوص والآثار لا بالرأي ، فان أعوزهم النص ربما توقفوا عن الافتاء وربما أفتوا بالرأي مضطرين كارمن وبنطاق ضيق جدا •

أما فقهاء مدرسة الرأي فما كانوا يقفون عند المسائل الواقعية يستنبطون لها الاحكام ، وانما كانوا يفرضون مسائل ام تقع ويستخرجون لها الاحكام بآرائهم • والحقيقة ان مدرسة الرأي بدأ فقهها واقعا ثم اتجه الى الفرض والتقدير بعد أن استخلص فقهاؤها علل الاحكام ووضعوا القواعد والضوابط للمسائل ، وقد بلغ هذا الاتجاه مداه في مدرسة أبي حنيفة كما سيأتي بيانه فيما بعد •

#### ١٤٦ - أسباب وجود مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأي في الكوفة :

ليس وجود مدرسة الحديث في المدينة ، ومدرسة الرأي في الكوفة ذات المدينة وذات الكوفة ، وانما هو ذات الفقيه نفسه وما جبل عليه من طيبة نزاعه الى الرأي أو غير نزاعه اليه • هذا هو السبب المهم - في نظرنا - في تكوين نوع النزعة الفقهية عند الفقيه • ويؤيد ذلك وجود فقهاء رأي في المدينة وفقهاء حديث في الكوفة ، فربيعة بن عبد الرحمن شيخ مالك كان من فقهاء المدينة واشتهر بالرأي حتى سمي فربيعة الرأي • وعامر شراحيل المعروف بالشعبي كان من فقهاء الاثر والحديث ويكره الرأي ولا يرضى بمسلك أصحابه وكان هو في الكوفة ومن فقهاؤها البارزين •

ومع هذا فهناك أسباب وعوامل ساعدت على نشوء مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأي في الكوفة • ومن هذه الاسباب ما يأتي :



أولا : تأثر فقهاء المدرستين بطريقة نيوخهم : فقهاء المدينة تخرجوا على فقهاء الصحابة المقلين من الرأي أو الكاهن له الرافضين عند النصوص كعبد الله بن عمر . ومن كان منهم تلميذا لصحابي كثير الرأي اكتفى برواية آرائه ولم يأخذ مذهبه في هذا الرأي .

أما فقهاء الكوفة فقد تأثروا بطريقة عبد الله بن مسعود ومن تلقى الفقه عنه . وكان ابن مسعود ميلا الى الرأي يأخذ به ولا يهابه حيث لا نص في المسألة .

ثانيا : كثرة الاحاديث والآثار الفقهية في المدينة<sup>(١)</sup> لأنها مهبط الوحي ومواطن الصحابة . ومع هذه الكثرة من السنة وفتاوى الصحابة لا يجد الفقيه حاجة الى الرأي ، وإذا وجد فبقدر قليل جدار .

أما في الكوفة ، فكانت السنة والآثار أقل مما في المدينة ، ومع قلة السنة تظهر الحاجة الى الرأي . أضف الى ذلك شيوع الوضع في الحديث في الكوفة وفي المراق عامة لكثرة الفرق المختلفة وذوي الأغراض الخينة ، مما جعل فقهاء الكوفة لا يقبلون الاحاديث الا بعد التمحيص الشديد ، وانطبق ما اشترطوه من شروط على الحديث ليقبلوه ، مما أدى الى قلة السنة الصحيحة عندهم ، وهذا أدى الى استعمالهم الرأي بكثرة .

ثالثا : بساطة الحياة في المدينة وعدم تجدد الوقائع الا بقدر قليل ، ومع هذه البساطة في الحياة ومشابهة معظم وقائعها بما وقع في عهود الصحابة ، لا تظهر الحاجة الى الرأي الا بقدر قليل .

أما في الكوفة ، فالحياة معقدة غير بسيطة ، لأن المراق بلد ذو حضارة قديمة وتقاليد وعادات مختلفة وتيارات فكرية ، ويقطنه أقوام من أجناس شتى ولكل منهم أعرافه وعاداته ، وهذا كله يجعل الحوادث متسوعة وكثيرة ، مما يحمل الفقيه على الاكثار من الرأي .

١٤٧ - وكان رئيس مدرسة الحديث الامام سعيد بن المسيب المتوفى

(١) مقدمة ابن خلدون ص ٤٤٠ .

سنة ٩٤ هـ ، وهو أحد الفقهاء السبعة الذين تشرخوا الفقه في المدينة بعد أن تلقوه عن الصحابة<sup>(١)</sup> وكان من سادات التابعين فقهها ودينها وروعها وفضلا حتى كان يسمى بـفقيه الفقهاء •

وكان رئيس مدرسة الرأي في الكوفة ابراهيم بن يزيد النخعي شيخ حماد بن أبي سليمان التوفى سنة ٩٦ هـ ، وهذا شيخ أبي خيفة المشهود له بالبراعة في الفقه والدقة في الاستنباط والغوص في معاني النصوص •

#### ١٤٨ - التدوين في هذا الدور :

انقضى هذا الدور ولم يدون فيه شيء من الفقه • كما أن السنة لم تدون أيضا ، وإن حصلت محاولات لتدوينها ، فعمر بن عبدالعزيز كتب الى عامله بالمدينة أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم : أن انظر ما كان من حديث رسول الله (ص) أو سنته فاكتبه ، فاني خفت دروس العلم وذهاب العلماء ، الا أن عمر بن عبدالعزيز مات قبل أن يتم ابن حزم ما أمره به عمر •

---

(١) الفقهاء السبعة هم سعيد بن المسيب وعروة بن زبير ( توفي سنة ٩٤ هـ ) والقاسم بن محمد ( توفي سنة ٩٤ هـ ) وأبو بكر بن عبدالرحمن بن الحارث ( توفي سنة ٩٤ هـ ) وعبدالله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود ( توفي سنة ٩٨ هـ ) وسليمان بن يسار ( توفي سنة ١٠٧ هـ ) وخارجة بن زيد بن ثابت •

## الفصل الرابع

### الدور الرابع

١٤٩ - تمهيد :

يبدأ هذا الدور من أوائل القرن الثاني الهجري ويمتد الى منتصف القرن الرابع • وقد نما الفقه في هذا الدور نموا عظيما وازدهر ازدهارا عجيبا ونضج نضوجا كاملا وآتى ثمارا طيبة للناس ••• وزود الدولة الاسلامية بالاحكام القانونية لتنظيم مختلف امورها وشؤونها فروع عديدة فسد الناس بتلك الاحكام ما شاء الله لهم أن يسعدوا •

وفي هذا الدور ظهر نوابغ الفقهاء ، فالمجتهدون العظام ظهوروا في هذا الدور واسسوا مذاهبهم الفقهية التي لا يزال أكثرها قائما حتى الآن • وكل مذهب - في الحقيقة - مدرسة فقهية تزيينا نمط التفكير الفقهي الدقيق لاصحابها ومناهجهم في فهم الشريعة واستنباط الاحكام من نصوصها وقواعدها ، ولهذا فنحن نعتز بتعدد تلك المدارس ونرى فيها الخير الكثير • وكما ظهر مجتهدون فقهاء ، ظهر أيضا علماء نوابغ في علم الحديث الشريف وفنونه ومصطلحاته وما يتعلق به •

وفي هذا الدور أيضا دون الفقه وضبطت قواعده وجمعت أشناته وألفت الكتب في مسائله وصار بناؤه شامخا وعلمه متميزا عن غيره قائما بنفسه • وكما دون الفقه دونت السنة أيضا تدوينا شاملا مع بيان الصحيح منها والضعيف •

ولهذه الظواهر كلها ، سمي هذا الدور بأسماء مختلفة تنبىء عن مميزات هذا الدور وتكشف عن حالة الفقه ، فسمي بمصر الفقه الذهبي ، أو بمصر ازدهار الفقه ، أو بمصر التدوين ، أو بمصر المجتهدين ونحو ذلك من التسميات • وسنتكلم فيما يلي عن بعض مظاهر هذا الدور •

#### ١٥٠ - ازدهار الفقه واسبابه :

قلنا ان الفقه نما وازدهر وكثرت مسائله على نحو لم يعهد مثله من قبل ، وهذه الظاهرة ترجع الى أسباب كثيرة ، نذكر منها ما يأتي :

أولا : عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء . وتظهر هذه العناية بتقريبهم الفقهاء والرجوع الى آرائهم . فالرشيد ، الخليفة المشهور ، يطلب من ابي يوسف صاحب أبي حنيفة ، وضع قانون اسلامي للامور المالية يسير عليه الدولة ، فيستجيب أبو يوسف لهذا الطلب ويلبي رغبة الخليفة ويضع له كتابه الشهير (الخراج) . والمنصور يحاول أن يجعل ( موطأ الامام مالك ) قانونا للدولة يسير عليه القضاة والمفتون ، فيأبى مالك ، ويكرر الطلب هارون الرشيد فيأبى مالك ويقول له :

ان فقهاء الصحابة تفرقوا في الامصار وكل عنده علم وفقه وكل على حق ، ولا ضرر ولا ضير في اختلافهم . والمأمون يقرب الفقهاء ويسمع مناقشاتهم الفقهية في مجلسه ويشارك في بعضها مؤيدا أو معارضا أو مستفسرا وان كان قد اشتط كثيرا وارتكب خطأ جسيما في اكرامه الفقهاء على القول بخلق القرآن .

وقد نتج عن عناية الخلفاء بالفقهاء وتوفيرهم الحسرية اللازمة لهم للبحث العلمي أن نشط الفقهاء ومضوا في اتجاهم الفقهي وبحثهم العلمي فأجهد كل فقيه كما أحب وأظهر ما أدى اليه اجتهاده في مسائل الفقه .

ثانيا : اتساع البلاد الاسلامية . فقد كانت تمتد من اسبانيا الى الصين وفي هذه البلاد الواسعة عادات وتقاليد مختلفة متباينة ، تجب مراعاتها ما دامت لا تخالف نصوص الشريعة ، فاختلفت الاجتهادات بناء على اختلاف العادات والتقاليد . يضاف الى ذلك أن المسلمين كانوا جد حريصين على معرفة حكم الشرع في جميع معاملاتهم وتصرفاتهم وهي كثيرة متنوعة ، فكانوا يفرعون الى الفقهاء ويستفتونهم ويسألونهم ، وكان الفقهاء يجيبونهم مستبشرين ، ويستبطلون الاحكام لمسائلهم ، وفي هذا وذاك نمو للفقه واتساع لدائرته .

ثالثا : ظهور المجتهدين الكبار ذوي الملكات الفقهية الراسخة ، فعملوا على تنمية الفقه وسد حاجات الدولة من التنظيمات والقوانين ، وأنشأوا المدارس الفقهية التي ضمت نوابغ الفقهاء كما سنذكر ذلك فيما بعد •

رابعا : تدوين السنة فقد دونت السنة وعرف صحيحها وضعيفها ، فكان في ذلك سهيل لعمل الفقهاء وتوفير الجهد عليهم ، فقد وجدوا السنة بين أيديهم يصلون اليها دون كبير عناء • والسنة هي مادة الفقه ومصدره الثاني •

ويحسن بنا هنا أن نبين الأدوار التي مرت بها حركة تدوين السنة • فالسنة لم تدون في عصر النبي (ص) وإنما كان بعض الصحابة يدون لنفسه بعض ما يسمعه كما ذكرنا ذلك من قبل • وفي زمن أبي بكر بقي الحال كما كان فلم تدون السنة وإنما كانت تثقل بالرواية والمشافهة • وفي زمن عمر بن الخطاب بقي الحال كذلك ، وقد همّ الخليفة عمر بن الخطاب أن يكتب السنة ثم عدل عن رأيه • وفي زمن عمر بن عبدالعزيز الخليفة الأموي العادل جرت محاولة في تدوينها فقد كتب الى قاضيه في المدينة أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم يأمره بتدوين السنة ، كما قلنا من قبل ، ولكنه مات قبل أن يتم هذا التدوين •

وفي عهد العباسيين ، ابتدأ تدوين السنة على نحو مختلط بفتاوى الصحابة وأقوالهم ، فقد كتب على هذا النحو سفيان الثوري في الكوفة ، والليث بن سعد في مصر ، والامام مالك بن انس في المدينة ، ولم يصلنا ما كتبوه الا القليل • ولعل أجمع ما وصلنا من كتاباتهم هو موطأ الامام مالك وفيه نجد السنة النبوية والآثار عن الصحابة وفتاويهم وأقضيتهم ، بل فيه أيضا بعض أقوال التابعين •

وفي نهاية القرن الثاني أخذ تدوين السنة نهجا آخر يتمثل بافراد حديث رسول الله (ص) وتمييزه عما سواه • وقد سلك العلماء هذا المنهج

الجديد في تدوين السنة طريقة المسانيد أي جمع أحاديث كل صحابي على حدة وإن اختلفت موضوعات مروياته • ثم ظهرت طريقة جديدة في التدوين ، في القرن الثالث الهجري ، وهي تدوين الحديث مرتباً على أبواب الفقه ، بعد التحري عن صحة الحديث وتحقيق ما اشترطه المحدث من شروط لصحته • ومن أشهر مدونات الحديث ما يعرف عند أهل الحديث بالكتب الستة<sup>(١)</sup> • وبجانب هؤلاء المحدثين وعلمهم المبرور ، وجد فريق آخر من علماء الحديث يعنى بنقد رواية الحديث والبحث عن أحوالهم وهؤلاءهم علماء الجرح والتعديل ، وقد قاموا بتأسيس قواعد هذا العلم العظيم خدمة للسنة وكشفاً عن أكاذيب الوضاعين صيانة لشريعة الله من التحريف والتبديل<sup>(٢)</sup> •

---

(١) الكتب الستة هي صحيح البخاري وصحيح مسلم وسنن الترمذي وأبى داود والنسائي وابن ماجه وبلحق بها بالاعتبار مسند الامام أحمد •

والبخاري هو أبو عبدالله محمد بن اسماعيل المتوفى سنة ٢٥٦ هـ • ومسلم : هو مسلم بن الحجاج النيسابوري المتوفى عام ٣٦١ هـ • وأبو داود هو سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى عام ٢٧٥ هـ • والترمذي هو أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي المتوفى عام ٢٧٩ هـ • وابن ماجه هو أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني المشهور بابن ماجه المتوفى عام ٢٧٣ هـ • والنسائي هو أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي المتوفى عام ٣٣٠ هـ • هذا وأشهر ، أو من أشهر كتب الحديث التي خرجها علماء الشيعة ، كتاب الكافي لأبي جعفر محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٨ هـ • وكتاب ما لا يحضره الفقيه ، لأبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن موسى القمي المتوفى سنة ٣٨١ هـ وهو المعروف بالصدوق ابن بابويه • وهناك كتابان آخران من تأليف أوائل القرن الخامس الهجري وهما : التهذيب والاستبصار وكلاهما للشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠ هـ • وفيهما فقه وحديث •

(٢) ومن علماء هذا الفن يحيى بن سعيد القطان المتوفى ١٨٩ هـ وعبد الرحمن بن مهدي المتوفى سنة ١٩٨ هـ ويحيى بن معين المتوفى سنة ٢٣٣ هـ ، وأحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١ هـ •

## ١٥١ - ظهور المذاهب الإسلامية :

وفي هذا الدور ظهرت المذاهب الإسلامية وتميزت معالمها ووضح  
اجهااتها وصار لكل مذهب أتباع كثيرون ينشرون آراءه وينهجون نهجه  
كمذهب أبي حنيفة كما سنذكره فيما بعد ان شاء الله .  
وقد ألقت الكتب الفقهية في كل مذهب وكانت هذه الكتب الأساس  
لما بعدها من كتب الفقه كما ان الفقهاء من مختلف المذاهب أحسوا بالحاجة  
الى ضبط أصول الاستنباط وقواعد استخراج الاحكام فأسسوا قواعد علم  
اصول الفقه ، فوضع الشافعي رسالته الاصولية المشهورة ثم تبعه الامام أحمد  
ابن حنبل بالكتابة في هذا العلم ، ثم تتابع العلماء من بعدهما بالكتابة والتنظيم  
والزيادة في هذا العلم الجليل ، علم اصول الفقه . ولا شك أن تدوين هذا  
العلم يساعد الفقهاء في عملهم ويبين ما أخذ المذاهب الإسلامية المختلفة  
وأسباب اختلافها .

## الفصل الخامس

### الدور الخامس

١٥٢ - تمهيد :

يبدأ هذا الدور من نهاية الدور الرابع الى سقوط بغداد سنة ٦٥٦ هـ ، وهو دور ركود الفقه ، فقد رأينا في الدور الرابع كيف كان الفقه في نمو دائم وازدهار مستمر وحيوية دافقة • وكان من ورائه فقهاء عظام يمدونه بأسباب نمائه وازدهاره وحياته •• ولكن الفقه ، ما بقي على حاله هذه فقد اعتراه الضعف والركود والتوقف عن سيره الاول شيئا فشيئا ، والفقهاء جنحوا الى التقليد والتزام مذاهب معينة لا يجيدون عنها ولا يميلون • حتى وصل بهم الحال الى الافناء بسد باب الاجتهاد<sup>(١)</sup> ودعوة الناس الى التقيد بالمذاهب وعدم التحول عنها •• فلا بد من بيان ظاهرة التقليد بين الفقهاء ومعرفة أسبابها والعوامل التي دفعت البعض منهم الى القول بسد باب الاجتهاد ثم نختم هذا المبحث بالكلام عن عمل هؤلاء الفقهاء في هذا الدور •

١٥٣ - جنوح الفقهاء الى التقليد :

الاصل في الفقيه أن يكون مجتهدا مستقلا لا يتقيد بمذهب معين وانما يتقيد بنصوص الكتاب والسنة وما يؤديه اليه اجتهاده المقبول • فهو يستنبط الاحكام ويتعرف عليها من مصدريها العظيمين الكتاب والسنة وما يرشدان اليه من مصادر اخرى • وقد يتفق اجتهاده مع اجتهاد السابقين وقد يخالفهم وقد يوفق للصواب وقد لا يوفق ، وهو في الحالتين مأجور غير مأزور ، ان

(١) الاجتهاد لا يمكن سده ومن أفتى به قاله اجتهادا دفعا لمفسدة ادعاء الاجتهاد من غير أهله • هذا وان فقهاء الجعفرية والزيدية لم يفتوا بهذا • فظل عندهم باب الاجتهاد مفتوحا •



أصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد كما أخبر بهذا النبي (ص) .  
ولا شك أن في هذا النهج للمجتهد شجذا للأفكار وتنبيه للملكات الفقيه  
واتساعا لدائرة الفقه . وهكذا كان المجتهدون في الادوار السابقة . الا انه  
في هذا الدور ضعفت همم الفقهاء واتهموا نفوسهم بالتقصير والعجز عن  
الدخول بالمجتهدين السابقين بالرغم من رسوخهم في الفقه وتهيء أسبابه  
لديهم ووجود مادته بين أيديهم من سنة ونحوها يصلون إليها بيسر  
وسهولة .

ويمكننا رد أسباب فشو التقليد بين الفقهاء وشيوعه فيما بينهم الا القليل  
النادر الى جملة أسباب منها :

أولا : ضعف السلطان السياسي للخلفاء العباسيين ، والدولة لم تمد كما  
كانت قبل وانما تقطعت أجزاءها وقامت في أنحائها دويلات مما أثر في  
حياة الفقه والفقهاء ، فبدأ عاد الفقهاء يجدون ذلك التشجيع والاعتناء بهم  
والبحث لهم على الانتاج في الفقه ، ففترت هممهم وآثروا الوقوف عند  
مخلفات الاسلاف .

ثانيا : ان المذاهب الاسلامية دونت تدوينا كاملا مع تشذيب مسائلها  
وتنظيمها وتبويب مسائلها الواقعية مما جعل النفوس تستروح الى هذه الثروة  
الفقهية الهائلة والاستغناء بها عن البحث والاستنباط .

ثالثا : ضعف الثقة بالنفس والتهيب من الاجتهاد : فقد اتهم الفقهاء  
نفوسهم بالضعف والعجز والتقصير وظنوا انهم غير قادرين على تلقي الاحكام  
من منابعها الاصلية ، وان الخير لهم واللائق بهم التقيد بمذهب معروف  
والدوران في فلكه والتفقه باصوله وعدم الخروج عليه ، فقد فاء . - في  
نظرهم - زمان الاجتهاد المطلق ، وهكذا حجروا على أنفسهم ما وسعه الله  
عليهم مع كفايتهم وقدرتهم على الاجتهاد المستقل ، بل ان بعضهم كان يقارب  
أو يماثل المجتهدين الاولين . ولكن ضعف الثقة بالنفس واتهام المعلومات  
والاحساس بالعجز ، والتهيب من مخالفة ما ألفه الناس ، كل ذلك ونحوه

جعل الفقهاء يؤثرون العافية ويفضلون الراحة والتقليد • ولا شك أن مسلكهم هذا يخالف ما درج عليه السلف ، فهذا عمر بن الخطاب يكتب الى أبي موسى الأشعري أن لا يجمد على رأي يتبين له خطؤه فيقول له : « ولا يمنعك قضاء قضيت به اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، ، فان الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل ، (١) • فهذا حث عظيم على الاجتهاد الواسع الطليق الذي يتبني الصواب • والامام مالك يقول : كل واحد يؤخذ من قوله ويترك الا رسول الله (ص) • وأبو حنيفة كان يقول عن التابعين : هم رجال ونحن رجال نجتهد كما اجتهدوا •

ولكن ضعف الثقة بالنفس ، كما قلنا ، دفعت أولئك الفقهاء الى التقيد بمذهب معين وعدم الخروج عن آرائه •

#### ١٥٤ - سد باب الاجتهاد :

ولما كثرت ادعاءات الاجتهاد ممن ليسوا أهله وخشي الفقهاء من عبث هؤلاء الادعاء وافسادهم دين الناس بالفتاوى الباطلة التي لا تقوم على علم أو فقه ، افتوا بسد باب الاجتهاد دفعا لهذا الفساد وحفظا لدين الناس (٢) • والحق ان الاجتهاد باق في حكم الشريعة ولا يزول ، الا أن الاجتهاد لا بد له من توافر شروطه ، فمن توافر فيه هذه الشروط فله أن يجتهد ، ومن لم يحط بها فحرام عليه الافتاء في شرع الله بغير علم • ولهذا ما كنا نود أن يسلك أولئك الفقهاء مسلك منع الاجتهاد والافتاء بسد بابيه • نقول ما كنا نود ذلك وانما كان الافضل اشاعة العلم في الامة واعلامها بمقومات الاجتهاد وشروطه ، وارشادهم الى أهله وفضح دعوى الجهال ، فهذا ونحوه كان أفضل من الافتاء بسد باب الاجتهاد لمنع عبث العابثين •

(١) اعلام الموقعين ج ١ ص ٧٢  
(٢) مقدمة ابن خلدون ج ١ ص ٧٢ •

## ١٥٥ - عمل الفقهاء في هذا العصر :

الأ أن الفقهاء في هذا العصر ، وبالرغم من ايتارهم التقليد ، فقد قاموا بأعمال نافعة ، من ذلك :

أ - تحليل الاحكام المنقولة عن أئمتهم ، فليست كل الاحكام المنقولة عن أئمة المذاهب نقل تعليلها معها . ولهذا فقد عكف الفقهاء على الفروع المروية عن أئمتهم واستخرجوا عللها وفرعوا الفروع واستنبطوا الاحكام على أساسها .

ب - استخلاص قواعد الاستنباط من فروع المذهب للتعرف على طرق الاجتهاد التي سلكها امام المذهب وبهذا تمت قواعد علم اصول الفقه بعد أن بدأه الامام الشافعي برسائلته المشهورة .

ج - الترجيح بين الاقوال المنقولة عن الامام ، فقد يكون الناقل لقوله ناقلاً قولاً رجع عنه ولم يعلم برجوعه ، وقد يكون بين القولين المختلفين فرق دقيق هو سبب اختلاف القولين ، وقد يكون مأخذ أحد القولين قياساً والآخر استحساناً . فقام الفقهاء بترجيح هذه الاقوال على ضوء ما عرفوه من اصول المذهب وقواعده . كما انه توجد في المذهب أقوال مختلفة لفقهاء المذهب فيما بينهم أو مختلفة مع قول امام المذهب ، وهذا يقتضي بيان الراجح منها ووجه الرجحان .

د - تنظيم فقه المذهب ، وذلك بتنظيم أحكامه وايضاح منجملها وتقييد مطلقها وشرح بعضها والتعليق عليها ، ودعمها بالادلة وذكر المسائل الخلافية مع المذاهب الاخرى ، وتحرير أوجه الخلاف ، وذكر الادلة لدعم قول المذهب وبيان رجحانه . ولا شك أن في هذه الاعمال خدمة كبيرة للفقه وتوسيعاً له وتوضيحاً لمبهمه .

## الفصل السادس

### الدور السادس

١٥٦ - تمهيد :

عرفنا مما مضى أن الفقه تدرج في مدارج النمو والارتقاء والازدهار حتى بلغ الذروة في الدور الرابع من أدواره ثم جنح الى التوقف والركود في الدور الخامس حيث شاع التقليد بين الفقهاء وقصرت الهمم عن الحقوق بنهج الفقهاء في عصر ازدهار الفقه . ومع هذا فان فقهاء الدور الخامس قاموا بعمل مشكور فقد خرجوا الاحكام على اصول وقواعد أئمة المذاهب ورجحوا بين الروايات المنقولة عنهم على النحو الذي فصلناه في الفصل السابق .

وفي هذا الدور السادس الذي يبدأ من سقوط بغداد في القرن السابع الهجري ويمتد الى وقتنا الحاضر ، لم ينهض الفقه من كبوته ولم يغير الفقهاء نهجهم ، فالتقليد قد فشا وشاع بينهم حتى صار أمرا مألوفا لا يدعو الى العجب والانكار . ومع هذا فقد وجد أفراد هنا وهناك لم يرضوا بالتقليد ، ونادوا بالاجتهاد المطلق وتلمس الاحكام من الكتاب والسنة دون تقييد بمذهب معين ، ومن هؤلاء ابن تيمية وتلميذه ابن القيم والشوكاني صاحب نيل الاوطار وغيرهم . الا أن هؤلاء كانوا قلة ولم يسلم بعضهم من النقد والانكار من جمهور الفقهاء المقلدين ، ولهذا فان الطابع العام للفقه والفقهاء في هذا الدور هو التقليد ، فقد التزم كل فريق من الفقهاء مذهباً معيناً وعكف على مسأله وأحكامه واصوله وصارت الشريعة تعرف من خلال مذهب معين ، والشريعة - كما قلنا ونؤكد القول - لا يمكن حصرها بمذهب معين فهي أوسع من هذا الحصر وهي حجة على كل مذهب وليس

أي مذهب بحجة عليها ، اذ ليس المذهب الا وجه من وجوه تفسير نصوص الشريعة وفهم احكامها وكيفية استنباط الاحكام من مصادرها .

#### ١٥٧ - المتون والشروح والحواشي :

اتجه فقهاء هذا الدور الى التأليف ، وكان الغالب عليه الاختصار حتى وصل الى درجة الاخلال بالمعنى وخفاء المقصود ، وصارت العبارات أشبه شيء بالالغاز . هذه المختصرات ، والتي سميت بالمتون ، احتاجت الى شروح توضح معانيها وتزيل الابهام والغموض عن عباراتها ، فقام مؤلفوها أو غيرهم بشرحها . فظهرت الشروح بجانب المتون . ثم ظهرت بجانب الشروح الحواشي وهي تعليقات وملاحظات على الشروح . والواقع أن الشروح والحواشي اهتمت بالناقشات اللفظية والاعتراضات على الجمل والتراكيب حتى أصبح القارئ يتيه في هذه المناقشات والعبارات المغلفة والاختلافات حول الالفاظ والعبارات . وقد شاعت هذه الانماط من التأليف وصار طلاب الفقه والعلماء يمكنون عليها . وهكذا هجرت كتب الفقه القديمة ذات العبارات السهلة الواضحة التي ألفت في الدور الرابع وأوائل الخامس . ومع هذا فنحن نجد في هذا الدور تأليف تنهج منهجا خاصا يخالف ما عليه الجمهور من الفقهاء ويوافق نهج فقهاء الدور الخامس ومن هذا ما كتبه الشاطبي وابن القيم وغيرهما .

#### ١٥٨ - كتب الفتاوى :

الا أن التأليف لم يقتصر على ما ذكرنا ، فقد وجدت كتب « الفتاوى » وهي أجوبة لما كان يسأل الناس عنه الفقهاء في مسائل الحياة العملية ، ثم تجمع هذه الاجوبة من قبل أصحابها أو من قبل آخرين وتنظم وترتب حسب أبواب الفقه وتكتب عادة على شكل سؤال وجواب وفي بعض الاحيان لا يكتب السؤال . كما أن هذه الاجوبة « أي الفتاوى » غالبا ما يذكر معها أدلتها من نصوص المذهب الذي يتبعه الفقيه المقتي ، أو تذكر الادلة من

الكتاب والسنة وغيرهما دون تقييد بأدلة المذهب الواحد ، كما نجد هذا النهج واضحا في فتاوى ابن تيمية . وهذه الكتب لها أهمية من جهة انها تمثل بالفقه العملي التطبيقي وتجعل الفقهاء مضطرين الى ايجاد الحلول والاحكام للمسائل العملية ولو عن طريق القياس على مسائل المذهب المعين . ومن هذه الكتب : الفتاوى البزازية والهندية وفتاوى ابن تيمية وغيرها<sup>(١)</sup> .

#### ١٥٩ - التقنين :

ظل الفقه غير مقنن طيلة العصور الماضية وحتى أواخر القرن الماضي ، فكان الحكام والقضاة يرجعون الى كتب الفقه المختلفة لمعرفة الاحكام الفقهية الواجب تطبيقها على ما يعرض عليهم من منازعات . فالدولة وان شجعت مذهباً معيناً أو التزمت به وجعلته هو المذهب المتبوع في محاكمها كما فعلت الدولة العثمانية بالنسبة للمذهب الحنفي الا أنها لم تقنن الاحكام الفقهية ولم تجعلها على شكل قانون ذي مواد مختارة من فقه المذهب المتبع بحيث يلزم القاضي بالحكم بموجبه ومنعه من الحكم بغيره .

وفي أواخر القرن الثالث عشر الهجري تنبته الدولة العثمانية ورأت الحاجة ماسة الى تقنين أحكام المعاملات فألفت لجنة من كبار الفقهاء برئاسة وزير العدل لتخير أحكام المعاملات من الفقه الحنفي . وبدأت هذه اللجنة عملها في سنة ١٢٨٥ هـ - ١٨٦٩ م وانتهت منه في سنة ١٢٩٣ هـ - ١٨٧٦ م . وقد تخيرت الراجح من آراء المذهب الحنفي ، كما أخذت بعض الأقوال المرجوحة في المذهب لموافقتها للعصر ولسهولة تطبيقها وتيسيرها على الناس . ثم وضعت تلك اللجنة الاحكام التي اختارها على شكل مواد بلغت ( ١٨٥١ ) مادة . ثم صدر أمر الدولة بالعمل بها في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣ هـ وسميت

---

(١) البزازية لابن البزاز الكردي المتوفى سنة ٨٢٧ هـ . والهندية لجماعة من علماء الهند قامت بهذا العمل ، أي جمع الأقوال الصحيحة والفتاوى في المذهب الحنفي بطلب من الملك محمد أورنگ زيب الهندي الملقب باسم عالمكير الذي حكم من سنة ١٠٦٩ هـ - ١١١٩ هـ ، وابن تيمية توفى سنة ٧٢٨ هـ .

بـ « مجلة الاحكام العدلية » وصارت هي القانون المدني للدولة العثمانية وطبقت في العراق وظلت هي المطبقة فيه الى أن شرع القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

وبعد هذا التقنين المهم صدرت عدة تقنينات في مصر والعراق وتونس ومراكش وغيرها . ففي مصر صدر قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ يتضمن بعض الاحكام في مسائل النفقة والعدة والمفقود والتفريق بالعب . وقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص ببعض أحكام الطلاق ودعاوى النسب والمهر والنفقة وغيرها . وقانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ في الوقف أيضا .

وفي العراق صدر قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتمديله وفي تونس صدرت تقنينات في الاحوال الشخصية سميت باسم مجلة الاحوال الشخصية بالامر السالي المؤرخ في ٦ محرم ١٣٧٧ الموافق ١٣-٢-١٩٥٦ وتضمنت أحكاما في النكاح والمهر والطلاق والنفقة والحضانة والنسب والمفقود والميراث والحجر وغيرها .

وفي مراكش صدر من مدونة الاحوال الشخصية المزمع اصدارها ، كتابان الاول في مسائل النكاح والثاني في الطلاق . وقد صدر فيما بعد امر السلطان في ٢٧ ربيع الثاني سنة ١٣٧٧هـ والقاضي بتطبيقها في أول سنة ١٩٥٨ وقد نشر النص الرسمي في ١٧ جمادة الاولى سنة ١٣٧٧هـ - ٦ كانون الاول ١٩٥٧م .

وفي الاردن صدر قانون حقوق العائلة رقم (٩٢) لسنة ١٩٥١ في مسائل النكاح والمهر والنفقة والطلاق والعدة وغيرها .

وفي سوريا صدر قانون الاحوال الشخصية بالمرسوم التشريعي رقم ( ٥٩ ) لسنة ١٩٥٣ وتضمن أحكاما في النكاح والطلاق والنسب والنفقة والاهلية والوصية والميراث وغيرها .

١٦٠ - ويلاحظ على هذه التقنيات المختلفة انها لم تنقيد بمذهب معين وانما أخذت أحكامها من مختلف المذاهب الاسلامية عدا مجلة الاحكام العدلية اذ نقيدت بالفقه الحنفي . وهذا الاتجاه حسن على شرط أن لا يؤخذ بقول شاذ لا دليل عليه . ومع هذا الاتجاه العام في وضع التقنيات فقد جاءت في بعضها أحكام لم ترد في أي مذهب من المذاهب الاسلامية من ذلك منع تعدد الزوجات كما جاء في القانون التونسي ، ومسائل الميراث التي وردت في القانون العراقي قبل تعديله الاخير ومسائل آخر مبثوثة هنا وهناك في ثنايا هذه القوانين المختلفة ليس هنا محل ذكرها وبيان ما فيها من مصادمة لنصوص الشريعة أو لما هو مستقر في الفقه الاسلامي بجملته .

#### ١٦١ - النهضة الفقهية الحديثة :

وفي الوقت الحاضر ، كما قلنا في المقدمة ، تبشير نهضة فقهية من مظاهرها هذا الاهتمام الملحوظ بالفقه الاسلامي في أوساط التعليم الجامعي ، ودراسة الفقه الاسلامي دراسة مقارنة واظهار مزاياه وخصائصه وكثرة التأليف في مباحثه وظهور المبرزين فيه الجامعين بين الثقافة القانونية والثقافة الشرعية . ونحن نأمل أن يزداد الاهتمام بالشريعة الاسلامية وفقهها حتى تعود الى مكانتها الاولى ، وتسترد سيادتها القانونية ، وتمد هي والفقه الاسلامي الدولة بالتشريعات اللازمة في جميع شؤونها كما كان الامر في السابق .



## الفصل السابع التعريف ببعض المجتهدين ومذاهبهم الفقهية

١٦٢ - تمهيد :

كنا قد نوهنا بظهور مجتهدين عظام في الدور الرابع من أدوار الفقه ،  
وان اولئك المجتهدين كان لهم أثر بالغ في ازدهاره ونمائه وتقدمه ، وانهم  
أسسوا مدارس فقهية انضوى تحت لوائها فقهاء كبار وصار لهم اتباع  
كثيرون . . وقد سميت تلك المدارس الفقهية بالمذاهب الاسلامية أو الفقهية  
واقترنت بأسماء مؤسسيها . . . وهي على كثرتها ليست تجزئة للإسلام ولا  
احداث شرع جديد . . وانما هي مناهج في فهم الشريعة وأساليب في تفسير  
نصوصها وطرق في استنباط الاحكام من مصادرها . وهذه المذاهب المتعددة  
منها ما بقي قائما متبوعا حتى اليوم ومنها ما اندرس وعفى عليه الزمن ولم  
يبق له اتباع ولا تعرف له أقواله الا ما يذكر منها في كتب الخلاف والمذاهب  
القائمة .

وسنذكر في هذا الفصل ، في مباحث متتالية ، كلمة موجزة عن بعض  
هذه المذاهب ، القائمة منها والمندرس ، للتعريف بها وبأصحابها .

## المبحث الأول

### أبو حنيفة

١٦٣ - هو النعمان بن ثابت الكوفي مولدا والفارسي أصلا ولد سنة  
٨٠هـ وتوفي سنة ١٥٠هـ في بغداد ودفن فيها .

كان في أول عهده يحترف تجارة الخز وقد عرف فيها بصدق المعاملة  
والنقرة من الفس والمماكسة ، ثم تحول الى طلب العلم فنال حظا من علم

الكلام والحديث والفقه . . الا أن ميله كان الى الفقه فانصرف اليه . وأكثر من الاختلاف الى حلقات الفقه وملازمة أهله . . وكان أبرز شيوخه وأكثرهم أنرا في نهجه الفقهي شيخه حماد بن أبي سليمان فقيه أهل الرأي في العراق الذي تلقى فقهه عن فقيه رأي كبير هو ابراهيم بن يزيد بن قيس النخعي ، وهذا أخذ فقهه عن فقيه رأي أيضا وهو علقمة بن قيس النخعي ، وعلقمة أخذ الفقه عن عبدالله بن مسعود الصحابي الجليل المعروف بالفقه والرأي . فلا عجب ، اذن ، اذا نحا أبو حنيفة منحى أهل الرأي ومال اليه ، وهؤلاء هم شيوخه الذين أخذ منهم مباشرة أو بالواسطة . وفضلا عن ذلك فقد كان أبو حنيفة بفطرته ميالا الى التغلغل في بواطن الامور وعدم الاقتناع بالمعاني الظاهرة . ومثل هذه الفطرة مستعدة للميل الى الرأي والتوغل فيه . الا أن أبا حنيفة لم يقتصر في تلقيه الفقه عن حماد فقد روى عن غيره ، فمن هؤلاء الذين روى عنهم ودارسهم زيد بن علي زين العابدين وجعفر الصادق وعبدالله بن حسن وهو أبو محمد النفس الزكية . كما انه كان يلتقي بالعلماء والفقهاء في مكة ويأخذ عنهم ويذاكرهم في أمور الفقه في أثناء مكوثه في مكة في مواسم الحج وعند اقامته فيها نحو من ست سنوات يوم هاجر اليها في سنة ١٣٠ هـ .

#### ١٦٤ - أبو حنيفة زعيم أهل الرأي :

قلنا ان مدرسة الكوفة اشتهرت بالرأي وقد بلغت ذروة شهرتها بالرأي والقياس في زمن أبي حنيفة حتى عد حامل لواء الرأي والقياس في زمانه بلا منازع . وقد أدى به الاكثار من القياس الى الاكثار من الفقه التقديري ، فما كان يقف عند المسائل الواقعة يستنبط لها الاحكام وانما كان يستخرج العلل من النصوص ويفترض المسائل ويطبق عليها أقيسته ويعطيها أحكاما واحدة ما دامت مشتركة في العلة . وكما أكثر من القياس حتى قرن باسمه أكثر أيضا من الفقه التقديري حتى قرن باسمه فهو امام القياسيين وزعيم أهل الفقه التقديري في زمانه .

#### ١٦٥ - أبو حنيفة والحديث :

ولاكثر أبي حنيفة من الرأي والقياس اتهمه البعض بعدم الاهتمام بالحديث أو بقلّة بضاعته منه أو بتقديم الرأي والقياس عليه . . وهذه الاتهامات لا تصمد أمام المناقشة ويعوزها الدليل ، فإن اهتمامه بالحديث أمر ثابت وظاهر من نص أقواله التي ذكرها كما سيأتي . كما يشهد على ذلك أخذه بالحديث المرسل وفتاوى الصحابة وتركه القياس إذا ثبت عنده حديث صحيح في المسألة وهذا كله يدل على اهتمامه بالحديث والآثار لا على فلة مبالاه بالحديث كما يدعون . وأما قلّة بضاعته من الحديث فليس الأمر كما قالوا فقد رويت عنه أحاديث وآثار كثيرة منها ما رواه أبو يوسف في كتابه الآثار وكذا محمد بن الحسن في كتابه الآثار أيضا ، وقد جمع العلماء من بعده مروياته فبلغت شيئا كثيرا<sup>(١)</sup> نعم إن أبا حنيفة كان أقلّ روايه من غيره من الائمة المكرين لرواية الحديث لانه كان يشترط شروطا ثقيلة للثبوت من صحة الحديث نظرا لفسو الكذب في العراق وكثرة الواضعين . أما تركه الحديث وتقديم القياس عليه فهذا مرده الى أن الحديث لم يبلغه فذهب الى الرأي ، أو أن الحديث بلغه ولم يثبت عنده فكره وأخذ بالقياس . ولا شك أن مخالفة الحديث لعدم صحته في نظر المجتهد لا يعد مخالفة للحديث أو تقديما للقياس عليه .

#### ١٦٦ - طريقته في التدريس :

كان أبو حنيفة يعرض على تلاميذه المسائل الفقهية وما يعرض عليه من قضايا ، فيدلي كل واحد برأيه حولها ، ويجري النقاش فيما بينهم حول ما أبدوه من الآراء ، فإذا ما انتهوا الى رأي واحد أملاه عليهم أو دونه أحد التلاميذ ، وربما بقي الخلاف بين التلاميذ واستأذهم ويدون الرأي مع ذكر

(١) من ذلك ما فعله أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي المتوفى سنة ٦٦٥ هـ فقد جمع الاحاديث التي رواها أبو حنيفة ونقلها عنه العلماء من تلامذته وغيرهم ، وقد طبع هذا الكتاب في مصر سنة ١٣٢٦ هـ فوقع في ٨٠٠ صفحة كبيرة .

ما فيه من خلاف . فمذهب أبي حنيفة بدأ منذ نشأته على شكل مذهب جماعي يقوم على الشورى وتبادل الآراء ومناقشتها ، وهذا بخلاف طريقة الامام مالك اذ كان يملئ المسائل وأحكامها على تلامذته ولا يهيج معهم نهج أبي حنيفة فلا يناقشونه ولا يجادلونه فيما يقول . وهكذا تكونت شخصيات تلامذة أبي حنيفة في حياته وفي ظل توجيهاته ورباهم على النظر والبحث ونمى فيهم ملكة الاجتهاد وهم في دور النلقي والتحصيل .

#### ١٦٧ - اصول استنباط أبي حنيفة :

أبو حنيفة لم يدون أصول استنباطه تفصيلا ولا قواعد في البحث والاجتهاد ، وانما قام فقهاء المذهب الحنفي الذين جاءوا من بعده وبعد تلامذته باستخلاص قواعد في الاستنباط من فروع المنقولة عنه . وهذا لا يدل على أن أبا حنيفة ما كان لديه مناهج للبحث والاجتهاد ، ، عدم تدوين الشيء لا يدل على عدم وجوده ، كما أن الفقه ، يستلزم حتما وجود مناهج وقواعد للاستنباط فلا فقه بلا مناهج وقواعد . وأبو حنيفة فقيه قطعا ، بل فقيه بمعنى الكلمة ، والناس في الفقه عيال على أبي حنيفة ، كما قال الشافعي ، ، فلا بد ، اذن ، من قواعد يلتزم بها في اجتهاده وفقهه ، واصول يسير بمقتضاها ولا يحيد عنها ، وهذا ما استخرجه فقهاء المذهب الحنفي من أقواله وآرائه المنقولة عنه . ومع هذا فقد نقلت عن أبي حنيفة أقوال تدل على الخطوط العريضة في منهجه في الاستنباط ، والادلة التي يستدل بها . فمن ذلك انه قال : أخذ بكتاب الله اذا وجدت فيه الحكم ، والا فبسنة رسول الله (ص) ، فان لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله (ص) أخذت بقول أصحابه آخذ بقول من شئت منهم وأدع من شئت ولا أخرج من قولهم الى قول غيرهم ، فأما اذا انتهى الامر الى ابراهيم والشعبي وابن سيرين وعطاء وسعيد بن المسيب ( وهؤلاء مجتهدون من التابعين ) فاني اجتهد كما اجتهدوا (٢) .

(١) تذكرة الحفاظ للامام الذهبي ج ١ ص ١٥٩ .

(٢) تاريخ بغداد ج ١٣ ص ٣٦٨ والانتقاء لابن عبد البر ص ١٤٣ .

فهذا النقل عن أبي حنيفة يدل على أنه يرجع الى كتاب الله فان لم يجد الحكم فيه رجع الى السنة فان لم يجد الحكم فيها رجع الى أقوال الصحابة فان لم يجد الحكم فيها اجتهد . فالكتاب ثم السنة ثم أقوال الصحابة ثم الاجتهاد هذه هي مصادر الاحكام عند أبي حنيفة . والاجتهاد يدخل فيه القياس والاستحسان وقد برع فيهما وأجاد . كما انه كان يأخذ بالاجماع وبالعرف كما نقل عنه أيضا .

#### ١٦٨ - تلامذته وتبوين فقهه :

أبو حنيفة لم يدون فقهه وانما نقلت لنا أقواله من قبل تلامذته كأبي يوسف ومحمد بن الحسن وهؤلاء هم الذين نشروا مذهب أبي حنيفة ودونوها مختلطة بأقوالهم وآرائهم ، فما كانوا بالقلدين وانما كانوا مجتهدين متسعين الى مدرسة أبي حنيفة وملتزمين طريقته في الاستنباط والاجتهاد ، وكانوا يناقشون امامهم في حياته وربما خالفوه وقد حفظت لهم أقوال تخالف أقوال استاذهم أبي حنيفة ولكن أقوالهم وأقواله نسبت جميعا الى مذهب أبي حنيفة باعتباره المؤسس الاول له .

وأشهر تلامذته أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر بن الهذيل والحسن بن زياد اللؤلؤي . وأشهر هؤلاء الاربعة وأبعدهم أثرا في نقل فقه أبي حنيفة ونشره أبو يوسف ومحمد .

أما أبو يوسف فهو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الانصاري ولد سنة ١١٣هـ وتوفي سنة ١٨٣هـ وكان أكبر تلامذة أبي حنيفة . ومع تجرجه بمدرسة أبي حنيفة فقد أخذ عن علماء الحديث ورحل الى مالک وتلقى عنه حديث أهل المدينة فقرب بين مذهب أهل العراق ومذهب أهل الحجاز وعمل على دعم آراء المذهب الحنفي بالحديث . وقد تولى القضاء في زمن المهدي والهادي والرشيد ، من خلفاء الدولة العباسية ، وصار قاضي القضاء وكان لتوليته القضاء أثر كبير في نشر المذهب الحنفي وصقله عمليا ، لان القضاء جعل الفقه الحنفي يواجه الحياة العملية ومشكلات الناس والحيلة العامة وهذا كله يحمله على ايجاد الحلول لها ويجعل القياس أو الاستحسان في

المذهب الحنفي مستندا الى الحياة العملية لا الى الفروض النظرية فقط .  
وللامام أبي يوسف تأليف كثيرة ، وهو أول من دون كتباً في المذهب  
الحنفي ، ومن كتبه التي وصلتنا كتابه ( الخراج ) وهو مؤلف نفيس في  
الامور المالية للدولة وهو مطبوع متداول . وكتاب اختلاف ابي حنيفة مع  
محمد بن عبدالرحمن المعروف بابن أبي ليلى ، وقد روى هذا الكتاب الامام  
الشافعي في كتابه ( الام ) وجعل عنوانه : هذا كتاب ما اختلف فيه أبو حنيفة  
وابن أبي ليلى عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى ،<sup>(١)</sup> . وهناك كتب أخرى  
له مثل كتاب اختلاف الامصار والرد على مالك بن أنس وكتاب الوصايا  
وغيرها<sup>(٢)</sup> . أما الامام محمد ، فهو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ،  
ولد بواسط في العراق سنة ١٣٢هـ ونشأ بالكوفة وتوفي سنة  
١٨٩هـ . طلب الحديث وصحب أبا حنيفة وسمع منه وأخذ طريقه في الفقه  
ولكن لم تطل صحبته لابي حنيفة فتلذذ لابي يوسف ثم رحل الى الامام  
مالك في المدينة ولزمه فيها ثلاث سنين وسمع منه الموطأ وله رواية له .  
ولقي الشافعي ببغداد وقرأ - أي الشافعي كتبه في فقه الحنفية وناظره في  
كثير من المسائل وأخذ عنه . وقد أثر لقاؤه بمالك والشافعي في فقهه ولكنه  
ظل منتسباً لمذهب أبي حنيفة ملتزماً بطريقته وله الفضل الأكبر في تدوين  
الفقه الحنفي ، وعلى كتبه اعتمد فقهاء الحنفية . فهو يعد بحق ناقل فقه  
ابي حنيفة وفقه العراقيين الى الاخلاف .

وكتب الامام محمد وصلت اليها كاملة ، بخلاف كتب أبي يوسف ،  
وقد عكف عليها علماء الحنفية شرحاً وتعليقاً واختصاراً فهي عمدة المذهب  
ومرجع فقهاء وهي من حيث الثقة بنقلها عنه نوعان :

الاول : ما نقله عنه الثقة وهذه تسمى كتب ظاهر الرواية أو مسائل  
الاصول وهي : المبسوط ، والزيادات ، والجامع الكبير ، والجامع الصغير ،  
والسير الكبير والسير الصغير ، وانما سميت بكتب ظاهر الرواية لانها

(١) الام للشافعي ج ٧ ص ٨٧ وما بعدها .

(٢) الفهرست لابن النديم ص ٤٨٦ .

رويت عنه برواية الثقة • ويلحق بها كتاب الآثار ، وقد جمع في هذا الكتاب الآثار من أحاديث وفناوى للصحابة التي يختج بها الحنفية • كما يلحق بهذه الكتب - من حيث الثقة بها - كتاب الرد على أهل المدينة وقد رواه عنه الامام الشافعي في كتابه الام •

الثاني : كتب لم تبلغ نسبتها الى محمد نسبة الاولى فليس لها ما للأولى من الثقة والاشتهار والقبول وتسمى بكتب النوادر أو مسائل النوادر أو كتب غير ظاهر الرواية وهي : الكيسانيات والهارونيات ، والجرجانيات ، والرقبات ، وزيادة الزيادات •

وقد جمع كتب ظاهر الرواية في كتاب واحد بعد حذف المكرر منها الامام أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزي المشهور بالحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٤٤هـ ، وسمى كتابه هذا ( الكافي ) ، ثم شرح هذا الكتاب في القرن الخامس الهجري الامام شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي في كتاب سماه ( المبسوط ) ويقع في ثلاثين جزء ويعد أهم كتب الحنفية الاصلية النافذة لاقوال أئمة المذهب الاولين ، وقد ذكر فيه أصول المسائل وأدلتها وأوجه القياس فيها ، وربما تعرض الى خلاف أئمة المذاهب الاخرى كالشافعي ومالك فيذكر أقوالهم وأدلتهم ويرد عليها بأسلوب علمي رصين وعبرة واضحة جلية •

ومن الجدير بالذكر أن فقهاء الحنفية عند نقلهم آراء أبي حنيفة وأصحابه يطلقون اسم الشيخين على أبي حنيفة وأبي يوسف اذا كان في المسألة خلاف واتفق فيها رأي أبي حنيفة وأبي يوسف وخالفهما الامام محمد • واذا كان الاتفاق بين أبي يوسف ومحمد دون أبي حنيفة قالوا هذا رأي صاحبين • واذا كان لاحدهم رأي منفرد نسب الى اسمه • فيقال رأي أبي حنيفة أو رأي أبي يوسف أو رأي محمد • اما زفر فيذكر رأيه منسوباً الى اسمه دائماً •

وبعد تلامذة أبي حنيفة المباشرين جاء تلامذة هؤلاء ومن تلقى عنهم

الشرعية الاسلامة (م - ١١)

فكتبوا في إلفقه الحنفي شارحين أو معلقين أو مختصرين لكتب الاوائل .  
ومنهم من استنبط أحكام المسائل التي لم تنقل عن أئمتهم ، ومن كتب هذا  
النوع الاخير كتب الفتاوى والواقعات ، وهي أحكام المسائل التي استنبطها  
المجتهدون في المذهب الحنفي ، وأول كتاب عرف في هذا الموضوع كتاب  
التوازل للفقير أبي الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣هـ .  
والمذهب الحنفي منتشر في العراق والباكستان والاقطار الاسلامية في  
روسيا والصين وفي مصر .

## لبحث الثاني

مالك بن انس

١٦٩ - هو الامام مالك بن أنس الاصبحي نسبة الى ذي أصبح ، وهي  
قبيلة باليمن ، قدم أجداده الى المدينة ومكثوا فيها . ولد سنة ٩٣هـ وظل فيها  
لم يتحول عنها الا حاجا حتى توفي فيها سنة ١٧٩هـ .  
تلقى الفقه والسنة عن شيوخ كثيرين منهم عبدالرحمن بن هرمز ،  
ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهدي فقد أخذ عنه الحديث وفقه الأثر  
وفتاوى الصحابة . وأبو الزناد عبدالله بن ذكوان الملقب بأبي الزناد وقد  
أخذ عنه الحديث . ويحيى بن سعيد وأخذ عنه فقه الرأي وعلم الرواية .  
وربيعة بن عبدالرحمن وقد تلقى عنه فقه الرأي اذ كان مشهورا فيه حتى  
سمي بربيعة الرأي . كما أخذ من غير هؤلاء كجعفر بن محمد الباقر .  
ولكن كثر الشيوخ تأثرا فيه ابن شهاب الزهري وربيعه الرأي .  
ولما كمل تحصيل مالك واستوعب فقه المدينة جلس للافتاء والتدريس  
بعد أن شهد له بالاهلية سبعون رجلا من أكابر الفقهاء وفيهم من أخذ  
عنهم الفقه .

وكان في أول حياته يدرس ويفني في مسجد النبي (ص) ولا يتحول  
عنه حتى ان الرشيد لما جاء للحج طلب منه أن يأتيه ليسمع منه  
ابناء الامين والمؤمن فأبى الامام مالك وقال له : أعز الله المؤمنين ان هذا  
العلم منكم خرج فان أنتم أعزتموه عز وان أذلتموه ذل ، والعلم يؤتى



ولا يأتي • فقال هارون الرشيد : صدقت وأمر ابنه بالخروج الى المسجد لسمعا مع الناس • فقال مالك : بشرطة أن لا يخطيا رقاب الناس ويجلسا حيث ينتهي بهم المجلس فحضرا بهذا الشرط<sup>(١)</sup> • وهكذا كان الامام مالك عزيز النفس يعرف قدر العلم الذي يحمله ولا يتهافت على باب السلطان حتى لو طلبه السلطان وهكذا ينبغي أن يكون الفقيه •

ثم انتقل الى بيته يدرس ويفتي عندما مرض سلس البول • وكان في تدريسه سواء في المسجد أو في البيت ينهج الطريقة الالقائية الخالية من المناقشة وتبادل الرأي والجدال مع تلاميذه خلافا لطريقة ابي حنيفة في التدريس ، ولهذا لم يحفظ اختلاف بينه وبين تلاميذه في حياته وارقلت لهم أقوال مخالفة لبعض ما ذهب اليه بعد وفاته • وكان تلامذته يدونون ما يروي لهم من أحاديث وآثار وما يقوله من فتاوى في المسائل التي تعرض عليه وما كان ينهاهم ولا يأمرهم ، وان كان في بعض الاحيان ينهاهم عن تدوين كل ما يقوله من فتاوى • وكان حريصا على أن لا يجيب الا عن مسائل واقعة فعلا ، فقد كان ينفر من الفقه الافتراضي حتى أن بعض تلامذه اذا أراد أن يسأله عن مسألة لم تقع دفع اليه أحد الناس يسأله عنها كأنها حادثة واقعة • ولا يدل نهج الامام مالك هذا انه كان قلل الاخذ بالرأي ، فالحقيقة انه كان فقيه رأي كما كان فقيه أثر وقد أعناء عن الغرض والتقدير في مسائل الفقه كثرة الوقائع التي كانت تعرض عليه من قبل الوافدين عليه من مختلف الاقطار الاسلامية في موسم الحج أو من قبل الملازمين له الآخذين عنه ، وهم من أقطار شتى ، أو من قبل تلامذته الذين رجعوا الى ديارهم فكانوا يكتبون اليه بالمسائل التي تقع في ديارهم •

#### ١٧٠ - اصول مذهبه :

لم يدون الامام مالك أصول مذهبه وفواعده في الاستنباط وماهجه في الاجتهاد وان كان قد صرح بالمعض منها وأشار الى البعض الآخر • ومما صرح به في كتابه الموطأ أنه يأخذ بعمل أهل المدينة ويقدمه على خبر الاحاد

المعارض له ، وحجته في ذلك أنه عمل أهل المدينة متوارث عن آباءهم وأجدادهم فهو بمثابة السنة المتواترة ، وما كان هذا شأنه يقدم على خبر الاحاد . وقد نازعه في هذا المسلك المجتهدون الآخرون كالشافعي والامام محمد بن الحسن .

وجماع اصول مذهب مالك ، بناء على ما صرح به أو أشار إليه أو استنبطه فقهاء المذهب من الفروع المنقولة عنه ، والآراء المدونة في موطأه ، هي - أي هذه الاصول - كما صرح بها الامام القرأفي المالكي : الكتاب ، السنة ، الاجماع ، اجماع أهل المدينة ، القياس ، قول الصحابي ، المصلحة المرسلة ، العرف والعادات ، سد الذرائع ، الاستحسان ، الاستصحاب<sup>(١)</sup> . ومن هذه الاصول يتبين لنا خصوصية المذهب وسعته وامكان تخريج الاحكام على اصوله الملائمة لكل عصر ومكان لا سيما على أصل المصلحة المرسلة الذي سيطر على جميع فقه مالك في كل المسائل التي لا نص فيها ، حتى قرن اسم المصالح المرسلة بمذهب مالك . كما انه يتبين لنا من كثرة هذه الاصول مقام الامام مالك في فقه الرأي فقد اشتهر به على خلاف المجهود من فقهاء مدرسة الحجاز وأكثر من الاخذ بهذا الاصل . حتى صار قوام اجتهاده بالرأي يقوم على أساس المصلحة . وربما أخذ بالقياس أو المصلحة وترك خبر الاحاد بناء على ان مخالفة الخبر للمصلحة أو للقياس ادبت المبني على قواعد الشريعة دليل على ضعف الخبر وعدم صحته ، من ذلك عدم أخذه بخبر المصراة لمخالفته ، في نظره ، للقياس القطعي المبني على قواعد الشريعة الثابتة . ومنه رده خبر اكفاء القذور التي طبخت بها لحوم الابل والغنم من الغنائم قبل قسمتها بحجة مخالفة ذلك للمصلحة<sup>(٢)</sup> .

(١) الامام مالك تأليف استاذنا محمد ابو زهرة ص ٢٥٨ . وانظر أيضا المدارك للقاضي عياض ص ٥٧٨ ، الديباج المذهب لابن فرحون المالكي ص ٦٦ .

(٢) حديث المصراة ( لا تصروا الابل والغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعها من تمر ) وحجة رده أنه خالف أصل الخراج بالضممان وان تلف الشيء انما يفرم مثله أو قيمته لا جنس آخر . انظر الموافقات ج ٣ ص ٢٣ - ٢٥ .

## ١٧١ - تلامذة مالك :

أقام الامام مالك في المدينة ولم يتحول عنها حتى أنه لما طلب منه الرشيد الخروج معه الى بغداد أبى عليه ذلك مفضلاً البقاء في جوار النبي (ص) على بغداد وغيرها<sup>(١)</sup> . وكان للآلامته المدينة وطول عمره المبارك وانهاء رئاسة الفقه في المدينة اليه تأثير كبير في الوافدين الكثيرين عليه ، فقد قصد طلاب العلم من مختلف الاقطار الاسلامية ، من مصر والشام والعراق وشمال افريقية والاندلس ولازموه وأخذوا عنه ورأوا في هذه الملازمة تحصيلاً للفقه من أهله ومجاورة النبي الكريم (ص) . ولهذا كان تلامذته كثيرين جداً نشروا فقهه في أوطانهم لا سيما في مصر وشمال افريقية والاندلس . ومن التلاميذ ، وهم فقهاء كبار ، عبدالله بن وهب لازم مالكا عشرين سنة ونشر مذهبه في مصر والمغرب وتوفي سنة ١٩٧هـ ، وكان الامام مالك يحله ويحترمه حتى انه كان يكتب اليه وهو في مصر ويلقيه بفضله . وعبدالرحمن بن القاسم المصري وكان له أثر بالغ في تدوين مذهب مالك فهو كالامام محمد بن الحسن بالنسبة لمذهب أبي حنيفة فكلاهما ، ناقل مذهب شيخه ، وله مع ذلك اجتهاد حر . صاحب مالكا نحواً من عشرين سنة وروى عنه الموطأ ، وروايته للموطأ تعد أصح رواية وتوفي سنة ١٩٢هـ . ومنهم أشهب بن عبدالعزيز القيسي . انتهت اليه رئاسة الفقه في مصر وتوفي سنة ٢٢٤هـ . ومنهم أبو الحسن القرطبي المتوفى عام ١٩٣هـ ، أخذ الموطأ عن مالك سماعاً ونشره في الاندلس . وأسد بن فرات ، وهو من أهل تونس ، مات مجاهداً على رأس جيش في صقلية . وغير هؤلاء كثيرون .

## ١٧٢ - تدوين فقه مالك ونقله :

دون فقه مالك ونقل عنه بطريقتين : (الاولى) كتب ألفها مالك نفسه وأما الموطأ . (الثانية) بواسطة تلامذته فقد نشروا مذهبه ودون بعضهم آراءه وأقواله في (المدونة) . ونذكر كلمة موجزة عن الموطأ ثم عن المدونة .

(١) الديباج المذهب ص ١٣٢

### الموطأ :

وهو أجل ما كتبه مالك ، جمع فيه ما صح عنه من أحاديث رسول الله (ص) المتصلة والمرسلة وفتاوى الصحابة وأقضيةهم وأقوال التابعين ، كما ذكر آراءه في بعض المسائل قياسا على الآثار التي رواها أو توجيهها وتفسيرا لما رواه أو ترجيحاً لبعض ما رواه على البعض الآخر . وقد ظل يعمل فيه تأليفاً وتهذيباً وتفتيحاً مدة أربعين سنة جعله على أبواب الفقه . وقد تلقته الامة بالقبول في زمانه وبعد زمانه ورواه عن الجمع الغفير وشرحه أكثر من واحد . وأراد الرشيد ، وقبله أبو جعفر المنصور ، حمل الامة على اتباعه فأبى مالك<sup>(١)</sup> .

### المدونة :

أما المدونة فالاساس في تدوينها أن أسد بن الفرات سَمِعَ من مالك كتابه الموطأ ثم ذهب الى العراق فلقى أبا يوسف ومحمد بن الحسن صاحبَي أبي خنيفة وسمع منهما فأراد أن يعرف رأي مالك في هذه المسائل التي دونها الامام محمد الا أن مالكا توفي فرجع الى مصر والتقى بعبدة بن وهب تلميذ مالك وعرض عليه الفكرة فتهيب وأحجم ، فقصد عبدالرحمن بن القاسم فأجابه الى طلبه وأخبره في كل مسألة فقهية برأي مالك ، وان شك في حفظه عنه قال أخال وأحسب وأظن ، وان لم يجد لمالك قولاً في مسألة قال هو برأيه فيها أما بالقياس على ما قاله مالك في نظائر تلك المسألة ، واما بمحض اجتهاده وفي ضوء أصول المذهب المالكي ان لم يجد قولاً لمالك في نظير المسألة المسؤول عنها . وجمع أسد أجوبة ابن القاسم في كتب سماها ( الاسدية ) ثم رحل بها الى القيروان بعد أن ترك نسخة منها بمصر . وفي القيروان تلقاها عنه سخون وهو عبدالسلام بن سعيد التنوخي وقد سمع من ابن القاسم وابن وهب وأشهب فارتحل بها الى ابن القاسم وعرضها عليه فتقحها ابن القاسم وأسقط منها ما كان ظناً أو ما كان يشك فيه ادنى شك في

(١) الديباج المذهب ص ٢٥

نسبته الى مالك وما لم يجد فيه نصاً يثق به قال برايه واجتهاده على ضوء اصول مالك أو على قياس قول مالك في مثله . فمدون سخنون ماسمعه من ابن القاسم ورجع بها الى القيروان فأقبل الناس على ما كتبه سخنون وسمى ما كتبه « المدونة » ثم رتبها وهذبها وزاد عليها ما اختلف فيه مالك مع كبار أصحابه وذيل أبوابها بالحديث والآثار فكانت هذه المدونة تجمع آراء مالك وأقواله كما سمعها منه تلميذه ابن القاسم كما تجمع الأقوال المخرجة على اصوله وآراء أصحابه التي خالفوا فيها شيخهم مع الآثار والاحاديث الواردة في مسائل الفقه ، ثم جاء العلماء وشرحوها ولخصوها وعلقوا عليها .

## لِبَحْثِ ثَالِثٍ

### الشافعي

١٧٣ - هو الامام أبو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، يلتقي سبه مع الرسول (ص) في عبد مناف . ولد في غزة سنة ١٥٠ هـ . وتوفي في مصر سنة ٢٠٤ هـ . نشأ في مكة وتفقه على مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة حتى اذن له بالافتاء والشافعي ابن خمس عشرة سنة . ثم ارتحل الشافعي الى المدينة ولقي الامام مالكا وسمع منه الموطأ ورواه عنه وتفقه عليه ولازمه حتى مات سنة ١٧٩ هـ . ثم ارتحل الى اليمن فالتقى هناك بعمر ابن ابي سلمة صاحب الامام الاوزاعي فأخذ عنه فقه شيخه ، كما التقى بيجي بن حسان صاحب الليث بن سعد فقيه مصر فأخذ عنه فقه هذا الامام الكبير . وفي سنة ١٨٤ هـ جيء بالشافعي الى بغداد متهما بالعمل ضد الدولة العباسية ولكن ظهرت براءته مما اتهم به ، وكان مجيئه هذا سبباً للقاءه مع فقيه العراق محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي خيفة فلازمه الشافعي وقرأ كتبه ونقل عنه ودارسه مسائل الفقه ثم انتقل بعد ذلك الى مكة ومعه كتب العراقيين في الفقه وظل في مكة يدرس ويفتي ويلتقي بالعلماء في موسم الحج مدة تسع سنوات ثم قدم بعدها الى بغداد للمرة الثانية سنة ١٩٥ هـ .

وأقام فيها سنتين ثم رجع الى مكة ثم عاد الى بغداد سنة ١٩١٨هـ وأقام فيها  
أشهرًا ثم ارتحل الى مصر في أواخر سنة ١٩١٩هـ وقيل في أوائل سنة  
٢٠٠هـ • واستقر به المقام في مصر وأخذ يدرس ويفتي ويصنف ويؤلف  
على تلاميذه حتى وافاه الأجل سنة ٢٠٤هـ •

#### ١٧٤ - فقه الإمام الشافعي :

تيسر للإمام الشافعي الاطلاع على المذاهب المعروفة في زمانه ودراستها  
دراسة فاحصة نافذة مقارنة ، فقد أخذ فقه مكة في أول نشأته من مسلم بن  
خالد وغيره ، ثم تفقه على مالك فأخذ فقهه وفقه أهل المدينة حتى عد من  
تلامذة مالك وأتباع مدرسة المدينة وظل معروفًا بهذا الوصف حتى مجيئه  
الى بغداد للمرة الاولى فاطلع على فقه أبي حنيفة ومدرسته عن طريق محمد  
أبن الحسن • وهكذا تجتمع فيه فقه الحجاز وفقه العراق ، ولما رجع الى مكة  
أخذ ينظر فيما وصل اليه من فقه ويدرسه دراسة فاحصة ويتأمل فيه • وهنا  
ظهرت شخصية الشافعي بفقه جديد هو مزيج من فقه أهل العراق وأهل  
الحجاز وبدأ يتميز بمذهب خاص به • ولما رجع الى العراق للمرة الثانية  
سنة ١٩٥هـ كان ذا مذهب مستقل له أصوله وقواعده ، فأخذ ينشره في العراق  
يزيد عليه مدة بقائه في العراق وقد صنف كتابه « الحجية » وفيه آراءه  
التي كونها حتى ذلك الحين ، وقد عرفت هذه الآراء بمذهبه القديم لانه  
رجع عن بعضها فيما بعد ، كما صنف رسالته في الاصول بناء على طلب  
عبد الرحمن بن مهدي أحد علماء الحديث • وبعد رجوعه الى مصر ترك  
قدرا غير قليل من أقواله في العراق لما رأى في مصر عادات وأحوالا تختلف  
عما رآه في العراق والحجاز ، كما أن نضوجه الفقهي ودوام تأمله فيما كتب  
وقال دعاه الى تغيير بعض آرائه في العراق • وقد أملى كتبه الجديدة على  
تلاميذه وهي المبر عنها بالمذهب الجديد •

ويعد فقه الشافعي وسطا بين أهل الحديث وأهل الرأي ، فقد نجر  
الاخذ بالسنة ولو كانت آحادا ورفض الاخذ بالحديث المرسل ، كما أخذ  
بالقياس دون غيره من أنواع الرأي •

## ١٧٥ - اصول مذهبه :

يعتبر الامام الشافعي أول من صنف في اصول الفقه ، ورسالته التي ألفها في هذا العلم تعتبر أول مصنف فيه وصل إلينا ، وعلى هذا يكاد يعتمد الاجماع .

ومن رسالته الاصولية هذه ومما كتبه في « الام » تبين لنا اصوله في الاستنباط ومسالكه في الاجتهاد . فهو يأخذ بالكتاب والسنة ويجعل السنة مينة له وشارحة لنصوصه ومفصلة لمجمله ومقيدة لمطلقه ومخصصة لعامه ولو كانت أخبارا أحادية ، فهو يحتج بخبر الواحد مادام راوؤه ثقة عدلا ولا يشترط في الخبر الشهرة فيما تعم به الجلوي كما قال الخنفي ولا أن يوافق عمل أهل المدينة كما قال مالك فهو يشترط صحة السند فقط . أما الحديث المرسل فما كان يحتج به إلا اذا كان من مراسيل كبار التابعين كسعيد بن المسيب وبشرط أن تتوافر فيه شروط خاصة ، وهذا خلاف مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري ومالك حيث كانوا يحتجون بالتحديث المرسل ويجعلونه بمنزلة الحديث المتصل<sup>(١)</sup> .

وبعد الكتاب والسنة يحتج بالاجماع ثم بأقوال الصحابة يتخير منها ما هو الاقرب الى الكتاب والسنة فان لم يتبين القرب أخذ بأقوال الخلفاء الراشدين ورجحها على أقوال غيرهم . ثم بعد ذلك يحتج بالقياس . هذه هي اصول الشافعي ، ولهذا فقد أنكر الاستدلال بالاستحسان أو غيره وعده تشريعا بالهوى ، كما أنكر الاستدلال بالمصلحة المرسلة وبعمل أهل المدينة .

## ١٧٦ - تكوين الفقه الشافعي ونقله :

لقد تم نقل فقه الشافعي بطريقتين :

الاولى : الكتب التي كتبها الشافعي نفسه وأملأها املاء على تلاميذه ، وأشهر ما كتب أو أملى كتاب ( الرسالة ) التي صنفها في العراق ثم أعاد تصنيفها في مصر بعد تهذيبها . وهي أبحاث في اصول الفقه ، فقد تكلم فيها

---

(١) الرسالة للشافعي ص ٦٦ وما بعدها ، والام ج ٧ ص ٢٤٦-٢٤٧

عن بيان القرآن وبيان السنة للقرآن ، والعام والخاص والناسخ والمنسوخ  
والسنة والاحتجاج بخبر الواحد وغير ذلك من الابحاث الاصولية .  
والكتاب الثاني هو ( الام ) وهو كتاب فقه عظيم بليغ الاسلوب فيه عرض  
لاقواله مع الادلة ومناقشة أقوال الفقهاء الآخرين بأسلوب علمي رصين .  
وقد رواه عنه تلميذه الربيع بن سليمان المرادي .

الثانية : تلامذته وهؤلاء كثيرون منهم العراقيون ومنهم المصريون .  
فالعراقيون هم نقلة مذهبه القديم ومنهم الحسن بن محمد المعروف  
بالزعفراني المتوفى سنة ٢٦٠هـ . وأبو علي الحسين بن علي المعروف  
بالكرايسي المتوفى سنة ٢٤٥هـ . أما تلامذته في مصر فهم نقلة مذهبه الجديد  
ومنهم اسماعيل بن يحيى المزني المتوفى سنة ٢٦٤هـ . وهو أذكى تلاميذه  
ولازم الشافعي منذ قدومه الى مصر الى أن توفي، وله كتب كثيرة ساعدت على  
نشر المذهب كما له آراء خالف بها شيخه . ومنهم البويطي وهو أبو يعقوب  
يوسف بن يحيى البويطي أخذ الفقه عن الشافعي وحل محل شيخه في  
التدريس والافتاء بعد وفاته . ومنهم الربيع بن سليمان المرادي روى كتاب  
الام عن الشافعي وكتب نسخة منه في حياة الشافعي . والمذهب الشافعي  
مستشر في مصر واندونيسيا وعدن ويوجد أيضا في العراق وكندا في  
الباكستان .

## لِبَيْحَاتِ الرَّابِعِ

احمد بن حنبل

١٧٧ - هو أبو عبدالله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ،  
ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ وتوفي فيها سنة ٢٤١هـ .

رحل لطلب العلم الى مكة والمدينة والشام واليمن وغيرها من الاقطار  
والبلدان . وقد تفقه بالشافعي حين قدومه الى بغداد ، ثم أصبح مجتهدا  
مستقلا ذا مذهب خاص به ، وقد فاق أقرانه في السنة وحفظها وتميز



صحيحها من سقيمها فكان عالم السنة وامامها في زمانه بحق بلا منازع •  
ومسنده المعروف بمسند الامام أحمد بن حنبل احتوى على أكثر من أربعين  
ألف حديث •

ومع أنه كان عالما بالسنة متبحرا فيها ، فقد كان فقيها دقيق الفقه حتى  
قال الشافعي فيه يوم خرج الى مصر : خرجت من بغداد فما خلفت فيها  
رجلا أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد بن حنبل • وقد امتحن بالقول  
بخلق القرآن من قبل المأمون فأبى أن يقول ما أراد فآذاه وحبه ، وتلك  
خطيئة كبيرة من المأمون ، لان اكراه الناس على مثل هذه البدعة لا يجوز  
في شرع الله ولكن هذا هو الذي وقع وكان •

#### ١٧٨ - اصول فقهه :

بنى الامام أحمد فقهه على خمسة أصول<sup>(١)</sup> :

الاول : النص من الكتاب أو السنة • فإذا وجد النص لم يلتفت الى  
ما خالفه ولا الى من خالفه كائنا من كان • فالسنة عنده أجل من أن تعارض  
بآراء الرجال ولو كانت سنة آحاد ولو كان مخالفا من كبار المجتهدين  
والفقهاء • ولم يقدم على الحديث الصحيح عمل أهل المدينة ولا غيرهم  
ولا رأيا ولا قياسا ولا قول صاحب ولا عدم العلم بالمخالف الذي يسميه  
الناس اجماعا • وهو في هذا النهج كالشافعي •

الثاني : فتوى الصحابي الذي لا يعرف لها مخالف ، فكان يأخذ بها  
ولا يسمى ذلك اجماعا •

الثالث : اذا اختلف الصحابة تخير من أقوالهم ما كان أقربها الى  
الكتاب والسنة •

الرابع : الاخذ بالحديث المرسل والحديث الضعيف اذا لم يكن دليل  
آخر يدفعه وهو الذي رجحه على القياس • والحديث الضعيف عنده من

---

(١) المدخل الى مذهب الامام احمد بن حنبل تأليف ابن بدران  
ص ٤١ وما بعدها •

أنواع الحديث الصحيح ، وليس هو الحديث الباطل أو المنكر أو الذي في روايته من لا يوثق به . فإذا لم يجد ما يعارض الحديث الضعيف من أثر أو قول صحابي أو إجماع ، أخذ بالضعيف وقدمه على القياس .  
الخامس : القياس ، وهو آخر الأصول عنده يستعمله للضرورة إذا لم يجد نصا في الكتاب ولا في السنة ولا فتوى صحابي ولا حديثا مرسلا أو ضعيفا .

وكان أحمد في بعض الأحيان يتوقف في الفتوى لتعارض الأدلة عنده أو لعدم اطلاعه على أثر في المسألة مع أنه كان كثير المعرفة جدا بأقوال الصحابة وبأحاديث النبي (ص) . وكان لا يميل إلى الفقه التقديري فسادا سئل عن مسألة لم تقع لم يجب أن يجيب عليها .  
١٧٩ - تدوين مذهبه ونقله :

لم يدون الإمام أحمد مذهبه ، وكان يكره أن يكتب شيء من آرائه وفتاويه ، وكان همه في جمع السنة وتدوينها ، لا أن أصحابه جمعوا من أقواله وفتاويه الشيء الكثير ورتبوه على أبواب الفقه . ثم جاء أحمد بن محمد بن هارون أبو بكر الخلال فصرف همه إلى جمع ما روي عن أحمد ابن حنبل وصنفه في كتابه ( الجامع ) . ومنهم المروزي أحمد بن محمد بن الحجاج المتوفى سنة ٢٧٥هـ . ثم جاء من بعد هؤلاء كثيرون صنفوا في فقه المذهب الحنبلي وجمعوا أقوال إمامهم وشرحوها ، ومن هؤلاء أبو القاسم عمر بن أبي علي الحسين الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤هـ ، ومن كتبه المشهورة المختصر المعروف باسم مختصر الخرقى وقد شرحه ابن قدامة المقدسي بكتابه المغني .

ثم جاء من بعد هؤلاء إمامان كبيران ينسبان إلى المذهب الحنبلي وهما ابن تيمية وابن القيم ، فقد عرفا بانتسابهما إلى المذهب الحنبلي وأصوله وقواعده ، وإن كانا يهجان النهج المستقل في الاستنباط ولا يقلدان أحمد ابن حنبل ولا غيره .

ثم يظهر محمد بن عبد الوهاب صاحب الدعوة الوهابية والمتوفى سنة

١٢٠٦هـ وبسبب نجاحه في دعوته صار المذهب الحنبلي هو المذهب الرسمي في بلاد نجد ثم لعموم الدولة السعودية حتى الوقت الحاضر ، فهو مسر فيها وفي الكويت وله أتباع في سورية والعراق وفي إدارات الحاج العربي •

## المبحث الخامس

زيد بن علي

١٨٠ - هو الامام زيد بن علي زين العابدين الحسين بن علي بن أبي طالب • ولد في المدينة سنة ٨٠هـ واستشهد سنة ١٢٢هـ ، واليه ينسب المذهب الزيدي •

تلقى العلم في نشأته الاولى عن أبيه ثم عن أخيه محمد الباقر فكان بيته بيت علم وفقه ، ثم أخذ عن الفقهاء الآخرين الذين كانوا في زمانه (١) • وقد أجمع العلماء على جلالة قدره وسعة علمه وغزارة فقهه وعظم ورعه وتقواه (٢) •

١٨١ - تدوين الفقه الزيدي ونقله :

وفقه الزيدية قريب من فقه المذاهب الاربعة التي ذكرناها سابقا ، ولا يختلف عنها الا في مسائل قليلة ، منها أن الزيدية لا يرون المسح على الخفين ، ويحرمون أكل المذبوح من غير المسلم ويحرمون نكاح الكتابات (٣) •

وقد دون الفقه الزيدي ونقل عن طريقين :

الاول : بواسطة كتب الامام زيد ، فقد روي أنه كتب أو ألقى على تلاميذه أكثر من كتاب ، كما روي عنه تلاميذه ما يسموه عنه • والذي وصلنا من فقه الامام زيد كتابه « المجموع » في الفقه والحديث وهو كتاب

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للحمي ج ١ ص ٤٩ وما بعدها •

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٦١

(٣) نظرة في تاريخ الفقه للدكتور علي عبد القادر ص ١٨٤

جليل اندر مرتبا برتيا فقهيًا وقد رواه عنه أبو خالد عسرو بن خالد  
الواسطي ، وقد شرحه العلماء ومنهم العلامة شرف الدين بن الحسين  
الصنعاني المتوفى سنة ١٢٢١هـ وسمي شرحه (الروض النضر شرح محسوع  
الحنه الكبير) وهذا الشرح طبع بمصر سنة ١٣٤٧هـ وبقع في أربعة  
أجزاء كبيرة .

الشي : بواسطة تلاميذه أو من تلقى عن تلاميذه وهم كيرون . فس  
تلاميذه المباشرين أولاده الأربعة عيسى ومحمد وحسين ويحيى . ومنصور  
بن المعسر وبصر بن خزيمه وغيرهم<sup>(١)</sup> .

ومن فقهاء المذهب الزيدي المشهورين الحسن بن علي المسمى بالمعسر  
الكبير المتوفى سنة ٣٠٤هـ ، والقاسم بن ابراهيم الرسي المتوفى سنة ٢٤٣هـ  
وحفيده الهادي بن يحيى بن الحسين بن القاسم الرسي وهو مؤسس الدولة  
الزيدية في اليمن ، فقد ولد هذا الامام في المدينة سنة ٢٤٥هـ ثم جاء الى  
اليمن سنة ٢٨٨هـ فبايعه أهلها فصار امام اليمن وحاكمها . وكان فقيها كبيرا  
ومجتهدا مطلقا وان كان منسوبا الى المذهب الزيدي وقد حفظ عنه مخالفته  
للإمام زيد في بعض المسائل وقد صار له أتباع كثيرون ونشر طريقته في  
الاجتهاد باليمن حتى تبعه أهلها ولا يزال الكثير منهم على طريقته حتى الآن  
فهم زيدية هادوية ، وله من الكتب كتاب الاحكام فيه أحاديث وآثار وفقه .  
وهكذا اجتمعت فيه صفة الحاكم العادل والفقهاء المجتهد وقل ما يجتمع هذان  
الوصفان في شخص . استشهد في سنة ٢٩٨هـ بسبب جراحه التي أصابته  
في بعض حروبه مع القرامطة الذين عاثوا في الأرض فسادا فأراد صدهم  
وايقافهم عند حدهم وقد تغلب عليهم في أكثر من موقعة حتى استشهد .

#### ١٨٢ - اصول المذهب الزيدي :

لم يدون الإمام زيد أصوله ومناهجه في الفقه والاستنباط ولكن فقهاء  
الزيدية دونوا أصول الفقه الزيدي استنباطا من الفروع المنقولة عن أئمتهم

(١) انظر مقدمة الروض النضر في الجزء الاول من ترجمة الامام  
زيد وتلاميذه .

من أفعالهم الصريحة • وهذه الأصول هي الكذب والسنة والاجماع  
 القياس والاستحسان والمصلحة المرسله وحكم العقل<sup>(١)</sup> • وهذه الأصول  
 وفق مع الفروع المنقولة عن الامام زيد ولكنها ليست هي الأصول التي  
 وضعها أو التي استنبطت من أقواله فقط لأن انتقاه الزيدي ليس هو منه  
 لإمام زيد وحده ، بل فقهه وفقه طائفة كبيرة من آل البيت كالمهادي والحرير  
 وغيرهم المنتسبين الى زيد ، وكل هؤلاء مجتهدون اجتهدوا مطلقا في الفروع  
 في أصول الفقه أيضا ولذا توجد بعض أصول الفقه الزيدي منسوبة الى  
 بعض فقهاء المذهب<sup>(٢)</sup> • وعلى كل حال فاصول هذا المذهب واسعة تؤدي الى  
 ماء المذهب وتوسعه لا سيما وان باب الاجتهاد فيه مفتوح والاختيار بين  
 لذهاب الأخرى مأخوذ به من قبل فقهاءه •  
 وأكثر انتشاره في الوقت الحاضر في بلاد اليمن حتى انها كانت تعد  
 ولة زيدية مذهبا وحكما قبل الثورة الأخيرة فيها •

## المبحث السادس

### جعفر الصادق

١٨٣ - هو الامام جعفر الصادق بن محمد الباقر ، سادس أئمة الشيعة  
 لامامية • ولد بالمدينة سنة ٨٠ هـ وتوفي فيها وعمره ثمان وستون  
 سنة<sup>(٣)</sup> • وهو أحد الأئمة الأعلام علما وفقها وورعا وتقيا  
 زهدا ، أخذ عنه الكثيرون وروى علمه غير واحد من الفقهاء ، وكان له  
 الأئمة نقلوا علمه وفقهه وحديثه مثل أبان بن تغلب البكري وجابر بن يزيد

(١) الامام زيد لاستاذنا أبو زهرة ص ٣٤٩ وما بعدها • وحكم  
 لعقل يقصد به أنه الفقيه اذا لم يجد للمسألة حكما من الأدلة الشرعية فإنه  
 يرجع الى العقل فما يتبين له قبح الشيء وضرره فهو المحظور وما يتبين له  
 حسن الشيء ونفعه فهو المطلوب وهذا بناء على أن للأشياء حسنا وقبحا  
 اتبين وهي مسألة مشهورة في علم الأصول : المرجع السابق ص ٤٥٧ •

(٢) المرجع السابق ص ٣٣٢

(٣) الامام الصادق : تأليف رمضان لارند ص ٢٧ وبعضهم يجعل  
 ولادته سنة ٨٣ هـ ، الامام الصادق تأليف أسد حيدر ج ٢ ص ٣٢ •

الجعفري وداود بن فرقد الاسدي وغيرهم كثيرون<sup>(١)</sup> .  
والى الامام جعفر الصادق ينتسب الشيعة الامامية الاثنا عشرية ولهذا  
يسمون بالجعفرية ومذهبهم يسمى بالمذهب الجعفري . والحقيقة أن هذه  
النسبة أو التسمية لا تدل على أن فقه الامامية مقصور على الامام جعفر أو  
أنهم لا يأخذون بأقوال غيره من أئمتهم الاثنى عشر ، لانهم يرون أن كل  
امام من أئمتهم الاثنى عشر<sup>(٢)</sup> امام تجب طاعته ويلزم اتباعه وأخذ قوله  
والعمل به ، لأن علمهم واحد متوارث الا ان الفرص لم تسنح لواحد  
منهم في اظهار مكنون علمه كما سنحت للامام جعفر الصادق حيث استطاع  
أن ينشر ما عنده من علم وفقه وسنة فكان من أجل هذا أن نسب اليه مذهب  
الامامية الاثنا عشرية ، بل كان انتسابهم اليه في زمانه<sup>(٣)</sup> .

١٨٤ - أدلة الفقه الجعفري :

أدلة الفقه في المذهب الجعفري هي الكتاب والسنة والاجماع  
والعقل<sup>(٤)</sup> . والسنة عندهم تشمل قول النبي (ص) وقول الامام فلا فرق

(١) أنظر تلامذته وترجمتهم في كتاب الامام الصادق تأليف محمد  
الحسين المظفر ج ٢ ص ١٤٤ - ١٩١ .

(٢) الأئمة الاثنا عشر هم : علي بن أبي طالب والحسن والحسين  
وعلي زين العابدين ومحمد الباقر بن علي وجعفر الصادق بن محمد الباقر  
وموسى الكاظم بن جعفر الصادق وعلي الرضا بن موسى ومحمد الجواد بن  
علي ، وعلي الهادي بن محمد ، والحسن العسكري بن علي ثم ابنه المهدي  
المنتظر : المرجع السابق ، وفلسفة التشريع الاسلامي للدكتور صبحي  
محمصاني ص ٥٤ .

(٣) الامام الصادق ، تأليف محمد الحسين المظفر ، الطبعة الثانية  
ج ١ ص ٢٠٥ ، ٢٠٨ - ٢٠٩ .

(٤) أصول الاستنباط ، تأليف العلامة علي نقى الحيدري ص ١٥ .  
ويلاحظ هنا أن العقل معناه ما بيناه عند كلامنا عن الامام زيد . ويلاحظ أن  
بعض فقهاء الجعفرية نازعوا في حجته : أنظر الارائك ، تأليف مهدي بن  
الشيخ محمد علي بن محمد باقر ص ١٣٠ . كما أن بعضهم يقبل القياس  
وهم طائفة الاصوليين منهم : أنظر تذكرة الحفاظ للحلي ج ١ ص ١ ووسيلة  
الوسائل ص ٧ وحل العقول ص ٥٣ نقلا عن فلسفة التشريع في الاسلام  
للمحامي الدكتور صبحي محمصاني ص ٥٥ هامش (٢) .

في المذهب الجعفري - بين ما ثبت عن النبي (ص) وبين ما ثبت عن أنفسهم كل واجب الاتباع وما عندهم هو من الرسول (ص) لا من اجتهادهم أيهم<sup>(١)</sup> ، وإن ما يقولونه لا يدخل فيه الرأي والاجتهاد لأن علمهم موروث نذه اللاحق عن السابق فلم يكن كسيا ولا أخذنا من أفواه الرجال بدارستهم<sup>(٢)</sup> .

#### ١ - نقل الفقه الجعفري وانتشاره :

وقد نقل الفقه الجعفري بواسطة تلاميذ الامام جعفر الصادق ومن ي عن هؤلاء التلاميذ ، فمن الذين تخرجوا بالفقه الجعفري ولهم مكانة المذهب أبو جعفر بن الحسن بن فروخ الصفار الاعرج القمي المتوفى ٢٩٠ هـ وهو المؤسس الحقيقي لمذهب الجعفرية في ايران وقد توفي سنة ٢٤٠ هـ وله من الكتب كتابه « بشائر الدرجات في علوم آل محمد وما خصهم به »<sup>(٣)</sup> . ومن كتب الفقه المشهور في المذهب الجعفري كتاب شرائع سلام لجعفر بن الحسن الحلبي المعروف بالمحقق المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، مرجه المسمى جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي ، وتذكرة الفقهاء لمحسن يوسف الحلبي وكتاب مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة تصنيف محمد بن محمد الحسيني العاملي المتوفى سنة ١٢٢٦ هـ<sup>(٤)</sup> . وكتب الحديث والآثار تبرة عندهم كتاب الكافي للكليني ، وكتاب من لا يحضره الفقيه للقمي ، لتهديب والاستبصار للطوسي<sup>(٥)</sup> .

- (١) الامام الصادق المرجع السابق ج ١ ص ٦٠
  - (٢) الامام الصادق المرجع السابق ج ١ ص ١٥١
  - (٣) نظرة في تاريخ الفقه الاسلامي ، المرجع السابق ص ١٨٨ .
  - (٤) فلسفة التشريع في الاسلام ، للدكتور صبحي محمداً ص ٥٥
  - مشي (٣) .
  - (٥) الكليني ، هو محمد بن يعقوب الكليني المتوفى سنة ٣٢٩ هـ .
- القمي هو الشيخ محمد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه . الطوسي الحسن بن علي المولود سنة ٣٨٥ هـ والمتوفى سنة ٤٦٠ هـ في =

ويوجد المذهب الجعفري في ايران والعراق والهند وباكستان و  
لبنان وله أتباع في الشام أيضا وغيرها من البلاد • وليس بين الفقه الجعفري  
والمذاهب الأخرى من الاختلافات أكثر من الاختلاف بين أي مذهب وآخر،  
الا أن الفقه الجعفري انفرد عن المذاهب التي تكلمنا عنها بمسائل قليلة جدا  
لعل من أشهرها جواز نكاح المتعة أي النكاح المؤقت في المذهب الجعفري<sup>(١)</sup>  
وعدم جوازه في المذاهب الخمسة التي مر ذكرها •

## المبحث السابع

### المذاهب المندرسية

١٨٦ - قلنا ان المذاهب ما اندرس بموت اصحابها أو بعد موتهم  
بقليل أو كثير • ومن هذه المذاهب مذهب الامام الاوزاعي وسفيان الثوري  
والليث بن سعد وداود الظاهري وابن جرير الطبري • ونذكر فيما يلي  
كلمة تعريفية موجزة عن كل واحد منهم •

١٨٧ - الاوزاعي :

هو أبو عمرو عبدالرحمن بن محمد الاوزاعي • ولد بالشام سنة  
٨٨هـ وتوفي في بيروت سنة ١٥٧هـ • وكان عالما بالحديث كثير الرحلات من  
أجله لا يميل إلى الرأي والقياس ويدعو إلى الاستمسك بالسنة والوقوف  
عندها ، ولهذا فهو من فقهاء مدرسة الحديث ، فكان اذا وجد الحديث أخذ  
به ولم يلتفت إلى شيء آخر<sup>(٢)</sup> •

انتشر هذا المذهب في الشام والاندلس ولكن لم يطل انتشاره ويقاؤه

---

= النجف • وهذه الكتب الاربعة أهم ما يعتمد عليه فقهاء الشيعة من كتب  
الحديث : اصول الاستنباط ، تأليف العلامة نقي الحيدري ص ١٨-١٩ ،  
ومحاضرات في اصول الفقه الجعفري للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٦٣-١٦٦ •

(١) الدكتور صبحي محمصاني ، المرجع السابق ، ص ٥٥

(٢) تذكرة الحفاظ للذهبي ج ١ ص ١٧٠



فقد تقلص ظله وقل أتباعه ثم اندرس ولم يبق من ذكره الا بعض أفعال  
الامام الاوزاعي تذكر في كتب الخلاف<sup>(٣)</sup> .

#### ١٨٨ - سفيان الثوري :

هو أبو عبدالله سفيان بن سعيد الثوري الكوفي، صاحب المذهب المعروف  
باسمه . ولد بالكوفة سنة ٩٧هـ وتوفي في البصرة سنة ١٦١هـ . كان من  
فقهاء الحديث ، واشتهر بالورع والتقوى والصراحة في الحق والبعد عن  
السلطان والجراة معهم في بيان الحق . لم يبق مذهبه طويلا لقلّة أتباعه  
فاندثر بعد موته .

#### ١٨٩ - الليث بن سعد :

فقيه مصري ولد في مصر وتوفي فيها سنة ١٧٥هـ . وكان لا يقل فقها  
عن مالك والشافعي ، ومراسلاته مع مالك ومناقضاته معه تدل على سعة علمه  
وإطلاعه وغزارة فقهه ، وقد ذكر ابن القيم رسالته القيمة التي أرسلها الى  
مالك والتي يناقشه فيها ببعض آرائه<sup>(١)</sup> . الا أن مذهبه لم يتهأ له البقاء  
والاستمرار لعدم تدوين مذهبه أولا ولقلّة أتباعه الذين ينشرونه ثانيا ،  
ولهذا لم يصمد أمام مذهب الشافعي ومذهب مالك في مصر فاندثر بعد موته  
بمدة وجيزة .

#### ١٩٠ - داود الظاهري :

هو أبو سليمان داود بن علي الاصفهاني صاحب المذهب الظاهري .  
ولد سنة ٢٠٠هـ وتوفي سنة ٢٧٠هـ . كان في أول أمره من أتباع الشافعي  
ثم استقل بمذهب خاص يقوم على الاخذ بظواهر الكتاب والسنة وعدم  
الاخذ بالقياس ولا بأي وجه من وجوه الرأي . فاصول مذهبه تقوم على

(٣) تذكرة الحفاظ للذهبي ج ١ ص ١٧٢

(١) اعلام الموقعين ج ١ ص ٧٢ وما بعدها .

نصوص الكتاب والسنة ثم الاجماع ولا شيء غير ذلك • وقد انتشر هذا المذهب ثم اندثر شيئاً فشيئاً حتى انتهى أمره في القرن الثامن الهجري كما ينقل لنا ابن خلدون في مقدمته •

الا أن هذا المذهب ظفر بفضله جليل عالم بالسنن هو الامام ابن حزم الاندلسي المتوفى عام ٤٥٦هـ • فقد اعتنق هذا المذهب ونصره ودافع عنه ووضح اصوله وألف كتابه الشهير ( المحلى ) • وقد ذكر في هذا الكتاب آراء المذهب ورد على المخالفين له • ويمتاز ابن حزم في قسوته بالرد على المخالفين وعنفه في النقاش ، ونعته خصومه بأقبح الاوصاف وهذا ما عابه عليه العلماء ، الا أن مسلكه لا يمنع من الانتفاع بكتابه وبآرائه • كما أن له كتاباً في الاصول هو ( الاحكام في اصول الاحكام ) وهو بيان لاصول المذهب الظاهري ورد على المخالفين مع ذكر الادلة وسوق الجدل والنقاش • ومما انفرد به المذهب الظاهري عن غيره من المذاهب ، قوله بوجوب النفقة للزوج المعسر على زوجته الغنية المقتدرة<sup>(١)</sup> • وقوله بجواز تولية المرأة القضاء على الاطلاق ، وقد شاركه بهذا الرأي الامام ابن جرير الطبري ووافقهم عليه الخنفية بحدود توليتها القضاء في الاموال فقط<sup>(٢)</sup> • وهذه الاقوال خلاف ما عليه الفقهاء الآخرون من المذاهب الاخرى •

#### ١٩١ - ابن جرير الطبري :

هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠هـ • تلقى فقه الشافعي وأخذ فقه مالك وفقه أهل العراق ولم يصر مقلداً لواحد منهم ، بل استقل بمذهب مستقل فكان مجتهداً لا يتقيد الا بالدليل وصار له اتباع ولكن مذهبه انقطع وانتهى بعد وفاته بمدة وجيزة<sup>(٣)</sup> •

(١) المحلى لابن حزم باب النفقة المسألة رقم ١٩٣٠ •

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٣٨١ ، والمحلى ج ٣ المسألة رقم ١٨٠٠ •

(٣) تذكرة الحفاظ ج ٢ ص ٢٥١ والفهرست لابن النديم ص ٣٢٦ •

ومن كتبه المشهورة القيمة الجليلة القدر التي لا يسفى عنها كتابه  
اشهور في التفسير واسمه : جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، وهو  
مشهور بسم تفسير الطبري • وكناه الآخر في التريخ وهو المعروف تاريخ  
الطبري وكلاهما مشهور ومطبوع • وفي تفسيره نجد كيرا من الاحكام  
التقوية المستنبطة من الآيات الكريمة وأقوال الفقهاء القدامى المندرسة مذهبهم  
أو البافية ، ولهذا ينبغي لكل متفقه أو مزيد الاطلاع على أقوال الفقهاء أن  
لا يغفل عن هذا التفسير وغيره من التفسير التي نعى بيان أحكام القرآن  
مثل أحكام القرآن للجصاص والجامع لأحكام القرآن للقرطبي وغيرهما •  
وله أيضا كتابه اختلاف الفقهاء وهو كما بنجيد ذكر فيه اختلاف الفقهاء في  
مسائل كثيرة مثل أحكام الجهاد والجزية وأحكام الدمي والمئاس  
ونحو ذلك •

## الباب الثالث

### مصادر الفقه

١٩٢ - تمهيد ، ومنهج البحث :

قلنا ان الفقه هو الاحكام الشرعية العملية ، أي الاحكام المتعلقة بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات •

والمقصود بمصادر الفقه أدلته التي يستند اليها ويقوم عليها ، وان شئت قلت التابع التي يستقي منها • ويسمى البعض هذه المصادر بـ « مصادر الشريعة »<sup>(١)</sup> أو « مصادر التشريع الاسلامي »<sup>(٢)</sup> • ومهما كانت التسمية

---

(١) الواقع ان هذا الاطلاق لا يقبل الا على سبيل التجوز والمسامحة ، لان الشريعة أعم من الفقه ، كما قلنا سابقا ، ولان الشريعة ليست سوى وحي الله الى رسوله باللفظ والمعنى وهو القرآن أو بالمعنى دون اللفظ وهو السنة ، أما الفقه فهو يشمل الاحكام الواردة بها النصوص الصريحة في الكتاب والسنة ، كما يشمل الاحكام المستنبطة بالاجتهاد والرأي من المصادر التي دلت عليها هذه النصوص • وبهذا لا تكون جميع أحكام الفقه تشريعا آلهيا ولا جزء من الشريعة الاسلامية الا على اعتبار انها تستند الى نصوص الشريعة بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، كما ذكرنا من قبل •

(٢) يراد بالتشريع الاسلامي سنن الاحكام الاسلامية أي وضعها وإيجادها وتشريع الاحكام في الحقيقة يرجع الى الله وحده • ولكن عند عدم ورود الحكم في الكتاب أو السنة فإن الشريعة الاسلامية أباحت للمجتهدين أن يجتهدوا ويسنوا الاحكام المطلوبة في ضوء قواعد الشريعة راصولها ، وفي هذه الحالة يعتبر ما يسنونه من أحكام من قبيل التشريع الاسلامي باعتبار ان هذه الاحكام تستند الى قواعد الشريعة وان سننها كان باذن من الشريعة ، كما ذكرنا من قبل •

فإن مصادر الفقه ترجع كلها إلى وحي الله ، فإما كان الوحي أَوْسَنَهُ •  
ولمّا فُلِمَا تَرْجِعْ عَسِيم هَذِهِ الْمَصَادِرُ إِلَى : مَصَادِرِ أَسْلَفِهِ وَهِيَ الْكِتَابُ وَالسُّنَنُ  
وَمَصْدَرُ بَعْدِهِ أُرْسِدَتْ إِلَيْهَا مَصْرُوحَاتُ الْكِتَابِ وَالسُّنَنِ ، كَالْإِجْمَاعِ وَالْقِيَاسِ •  
وَسَيُكَلِّمُ عَنْ الْمَصَادِرِ الْأَسْلَفِيَةِ فِي فِصْلِ أَوَّلٍ ، ثُمَّ يَكَلِّمُ عَنْ الْمَصَادِرِ  
الْبَعْدِيَةِ فِي فِصْلِ ثَانٍ •

## الفصل الأول

### المصادر الاصلية الكتاب والسنة

## المبحث الأول

### الكتاب

١٩٣ - الكتاب ، أو القرآن ، هو كذب الله انزل على رسوله محمد (ص) المكتوب في المصاحف ، المنقول البنا عن النبي (ص) نقلا منواترا بلا شبهة<sup>(١)</sup> .

ولا خلاف بين المسلمين في أن القرآن هو المصدر الاول للتشريع وانه حجة على الناس أجمعين . والدليل على حجته انه من عند الله ، والدليل على انه من عند الله اعجازه ، كما سنبين بعد قليل . واذا ثبت كونه من عند الله بدليل اعجازه ، وجب اتباعه من قبل الجميع واستفادة الاحكام من نصوصه .

### ١٩٤ - خصائص الكتاب :

أولا - لفظ القرآن ومعناه من عند الله وليس للرسول (ص) فيه سوى التبليغ . ولفظه بلسان عربي ، قال تعالى : « انا جعلناه قرآنا عربيا » وقال تعالى عن القرآن الكريم « وانه لتزيل رب العالمين » . نزل به الروح الامين . على قلبك لتكون من المنذرين . بلسان عربي مبين »<sup>(٢)</sup> . وعلى هذا لا نعتبر أحاديث الرسول (ص) من القرآن لان الفاظها ليست من الله وان

---

(١) انظر تعريفات اخرى للقرآن الكريم في كتاب الاحكام للامدى ج ١ ص ٢٢٨ ، والمستقصى للغزالي ج ١ ص ٦٥ ، ومראה الاصول للزميري ج ١ ص ٨٦ - ٨٧ .

(٢) سورة الشعراء ، الآيات ١٩٢ - ١٩٥ .

كانت معانيها موحى بها اليه من الله تعالى • وترجمة القرآن الى غير اللغة العربية لا تعتبر قرآنا •

ثانيا : انه نقل الينا نقلا متواترا • ومعنى النقل المتواتر هو نقل القرآن عن النبي (ص) من قبل أقوام لا يحصون ولا يتصور العقل تواطأهم على الكذب ، ثم نقله عن هؤلاء آخرون لا يتصور العقل تواطأهم على الكذب ، لكثرة عددهم وتباين أماكنهم ، وهكذا حتى وصل الينا • فالنواتر متحقق في جميع مراحل نقل القرآن ، وهذا هو معنى قول الامام السرخسي اذ يقول : « فيكون أول النقل - أي المتواتر - كآخره ، وأوسطه كطرفيه » (١) • والنقل المتواتر يفيد اليقين والعلم القطعي •

ثالثا : انه وصل الينا دون زيادة أو نقص لان الله تعالى تكفل بحفظه قال عز وجل : « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » •

رابعا : انه معجز بمعنى ان البشر جميعا عاجزون عن الاتيان بمثله • وقد ثبت الاعجاز بتحدي القرآن للعرب المخالفين من أن يأتوا بمثل هذا القرآن أو بعشر سور من مثله أو بسورة واحدة من مثله ، قال تعالى : « قل لئن اجتمعت الانس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا » (٢) • « وان كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فاتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله ان كنتم صادقين • فان لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين » (٣) • وقد سككت المخالفون عن المعارضة مع حرصهم الشديد على إبطال دعوة النبي (ص) وتكذيبه ، ومع عدم وجود المانع من هذه المعارضة ، فهم أهل البلاغة والفصاحة وأصحاب السلطان ، فلولا عجزهم لما سكثوا ، واذا عجز العرب فقيرهم أعجز واذا ثبت المعجز من الجميع - ولا

(١) اصول السرخسي ج ١ ص ٢٨٢

(٢) سورة الاسراء ، الآية ٨٨

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٢ ، ٢٣

يزال ثابتا حتى يومنا هذا - ثبت أن القرآن من عند الله ، وإذا ثبت انه من عند رب الناس وجب على الناس اتباعه • وعلى هذا فالقرآن حجة على الجميع والمصدر الاول للتشريع بالدليل القاطع والبرهان الساطع •

#### ١٩٥ - أنواع أحكام القرآن :

أحكام القرآن أنواع :

أولا : أحكام تتعلق بالعقيدة كالايمان بالله ورسله واليوم الآخر وهذه هي الاحكام الاعتقادية •

ثانيا : أحكام تتعلق بتزكية النفوس وتهذيبها وبيان الاخلاق القويمة الواجب التحلي بها ، والاخلاق الرديئة الواجب التحلي عنها ، وهذه هي الاحكام الاخلاقية •

ثالثا : الاحكام المتعلقة بأقوال وأفعال المكلفين فيما عدا النوعين السابقين وهذه هي الاحكام العملية وتدخل في موضوع الفقه • وهي قسمان :

القسم الاول : عبادات •

القسم الثاني : معاملات وتشمل جميع مسائل القانون العام والخاص على النحو الذي فصلناه من قبل •

#### ١٩٦ - بيان القرآن للاحكام :

جاء بيان القرآن للاحكام على ثلاثة أنواع :

النوع الاول :

بيان كلي أي بذكر القواعد والمبادئ العامة التي تكون أساسا لتفريع الاحكام وإبتنائها عليها ، مثل :

- أ - الامر بالشورى ، قال تعالى « وشاورهم في الامر » •
- ب - الامر بالعدل والحكم به « ان الله يأمر بالعدل » « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » •
- ج - لا يستل الانسان عن ذنب غيره « ولا تزر وازرة وزر اخرى » •
- د - العقوبة بقدر الجريمة : « جزاء سيئة سيئة مثلها » •



- هـ - حرمة مال الغير : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون » .
- و - التعاون على الخير وما فيه نفع للامة : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » .
- ز - الوفاء بالالتزامات : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .
- ح - لا حرج ولا ضيق في الدين : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » . « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .
- ط - الضرورات تبيح المحظورات : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » .

#### النوع الثاني :

بيان اجمالي أي ذكر الاحكام بصورة مجملة تحتاج الى بيان وتفصيل ومن هذه الاحكام :

- أ - وجوب الصلاة والزكاة قال تعالى « أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » ولم يبين القرآن عدد ركعات الصلاة وكيفيتها ، فجاءت السنة بتفصيل ذلك ، قال عليه السلام « صلوا كما رأيتموني أصلي » وكذلك جاءت السنة ببيان أحكام الزكاة وتحديد مقاديرها وأنصبتها .
- ب - وجود الحج : « وقله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا » . فجاءت السنة بتفصيل وبيان الحج وأركانه ، قال عليه السلام : « خذوا عني مناسككم » .
- ج - ايجاب القصاص : « كتب عليكم القصاص » فجاءت السنة ببيان شروط القصاص .

- د - حل البيع وحرمة الربا : « وأحل الله البيع وحرم الربا » فجاءت السنة ببيان البيع الحلال والبيع الحرام والمقصود بالربا .

#### النوع الثالث :

بيان تفصيلي أي ذكر الاحكام بصورة تفصيلية لا اجمال فيها ، مثل

أنصبه الورثة ، وكيفية الطلاق وعدده وكيفية اللعان بين الزوجين ، والمحرمات من النساء في النكاح ، وبعض العقوبات وهي المسماة بالحدود كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق والقذف ، وغير ذلك من الأحكام التفصيلية في القرآن .

١٩٧ - وأكثر بيان القرآن التفصيلي جاء بالنسبة لأحكام العقيدة والأخلاق . أما الأحكام العملية فقد جاء البيان في أكثرها على شكل كلي لا جزئي ، واجمالي لا تفصيلي سوى مسائل قليلة فصلها القرآن ، ذكرنا بعض الأمثلة لها . وقد أعطى الله رسوله (ص) سلطة بيان الأحكام المجملة ، قال تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » .

والحق أن تفصيل جميع الأحكام في القرآن يخرج عن مقصده الأول وهو الهداية والارشاد . كما أن مجيء بعض الأحكام على شكل قواعد ومبادئ عامة مرنة ، يلائم عموم وبقاء الشريعة ، بحيث يمكن تفريغ الأحكام عليها ، وتطبيقها على جزئيات الوقائع في مختلف الأزمان .

#### ١٩٨ - ربط الأحكام بالعقيدة :

والملاحظ في أحكام القرآن أنها جاءت مرتبطة بمسائل العقيدة مثل الإيمان بالله واليوم الآخر والعقاب الآخروي الذي يلحق المخالف ونحو ذلك ، والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

أ - في الأحكام العقابية قال تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر » . وفي عقوبة السارق : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » .

وفي الربا : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين » . فإن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » . وفي أكل مال اليتيم : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً » .

وهكذا جميع الاحكام متصلة بالعقيدة ، لان العقيدة أساس الاحكام وقائمة عليها ، ومن أركان العقيدة الايمان بالله واليوم الآخر وغيرهما من أركان العقيدة ، فربط الاحكام بها تذكير للانسان بأن هذه الاحكام من عند الله وما كان من عند الله تجب طاعته ولا يملك أحد تغييره ، وان من يخلف هذه الاحكام يلقى عقابه في اليوم الآخر •

#### ١٩٩ - اسلوب القرآن في بيان الاحكام :

للقرآن أساليب مختلفة في بيان الاحكام اقتضتها بلاغته وكونه معجزا وكتاب هداية وارشاد • فهو يمرض الاحكام عرضا فه تشويق للامسال وتنفير عن المخالفة ، ولهذا نجد ما هو مطلوب فعله يأتي بصيغة الامر « أقيموا الصلاة » وتارة يأتي بذكر الجزاء الحسن والوابب لفعله ، وطورا يأتي بذكر محبة فاعله والثناء عليه وغير ذلك من أساليب بيان الواجب • والمطلوب تركه ، قد يأتي بصيغة النهي « ولا تلحقوا بأيديكم الى الهلكة » ، وقد يأتي ذكره على وجه الذم له ولفاعله أو بيان انه سبب للعذاب أو لسخط الله أو مقته أو دخول النار أو لعن فاعله أو بوصف الفعل انه رجس أو فسق ونحو ذلك من الاساليب الدالة على أن الفعل محرم مطلوب تركه • والفعل المباح قد يأتي بيانه باستعمال لفظ الحل أو الادن أو نفي الحرج أو نفي الجناح ونحو ذلك •

٢٠٠ - وقد يأتي الحكم الواحد في القرآن في أكثر من موضع واحد للتذكير به والتأكيد عليه • وأخيرا يلاحظ ان أحكام القرآن مبثوثة في سورة ، فهي غير مجموعة في مكان واحد ، لان القرآن ليس كتابا قانونيا صرفا على النحو الذي نعهده في كتب القانون وان تعرض لمسائله وجاء بأحكام قانونية ، فهو كتاب هداية وارشاد وأخلاق وعبادة وقانون ، وأحكامه متصلة بعضها ببعض ، فأحكام الاخلاق متصلة بأحكام المعاملات بمعناها الواسع والاخيرة متصلة بالعقيدة فلا يضر كون الاحكام غير مجموعة في مكان واحد ، بل أن جعلها مبثوثة في ثنايا الكتاب أدعى الى فهمها جيدا ومعرفة ما يتصل بها ، وتجعل القارىء لا يمل من قراءة أي جزء من القرآن •

## لِبَحْثُ الثَّانِي

### السنة

٢٠١ - السنة في اللغة الطريقة المعتادة التي يتكرر العمل بمقتضاها ، وبهذا المعنى جاء في القرآن الكريم « سنة الله في الذين خلوا من قبل ولن تجد لسنة الله تبديلا » .  
وفي الاصطلاح الشرعي ، يراد بالسنة : ما صدر عن النبي (ص) غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير<sup>(١)</sup> .

### ٢٠٢ - الدليل على حجية السنة وانها مصدر للتشريع :

السنة مصدر للتشريع ، دل على هذا الكتاب بنصوصه الكثيرة وبأساليب مختلفة ، من ذلك :

أ - التصريح بأن النبي (ص) لا ينطق عن الهوى وانما هو وحي من الله ، وما كان من عند الله يلزم اتباعه ، قال تعالى : « وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحي يوحى » .

ب - الامر بطاعة الرسول : « قل أطيعوا الله والرسول » .

ج - جعل طاعة الرسول طاعة لله « من يطع الرسول فقد أطاع الله » .

د - الامر باتباع ما يأتيينا به الرسول : « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » .

هـ - وجوب ردّ المتنازع فيه الى الله أي الى كتابه والى الرسول أي الى سنته ، قال تعالى : « فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » .

و - وجوب تحكيم الرسول (ص) فيما يحصل فيه الاختلاف وقبول ما يحكم به : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا

---

(١) الأمدى ج ١ ص ٢٤١ ، وحاشية الازميرى ج ٢ ص ١٩٦

يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما .  
 ز - لا خيار للمسلم فيما قضى به الله أو قضى به رسوله : « وما كان  
 لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم  
 ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبينا » .  
 ح - التحذير بالعذاب الاليم من مخالفة الرسول (ص) . « فليحذر الذين  
 يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » .  
 ط - أعطى الله رسوله سلطة بيان أحكام القرآن ، لأن في القرآن  
 أحكاما مجملة تحتاج الى تفصيل وبيان حتى يصح بها التكليف ولهذا بينها  
 النبي (ص) بما له من سلطة البيان قال تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر لتبين  
 للناس ما نزل اليهم » . فهذه النصوص وأمثالها تدل على أن السنة حجة  
 وواجبة الاتباع و متممة للكتاب ومصدر للتشريع .

### ٢٠٣ - أنواع السنة باعتبار سندها :

ويقصد بسندها روايتها وهي بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع اذا اتصل  
 سندها<sup>(١)</sup> .

أولا : سنة متواترة وهي ما رواها عن النبي (ص) جمع لا يتصور  
 العقل تواطؤهم على الكذب ولا يحصى عددهم ، ثم نقلها عنهم جمع بهذه  
 الصفة أيضا حتى بلغتنا<sup>(٢)</sup> . ومن هذا النوع السنن العملية التي بينت  
 مقادير الزكاة وأفعال الحج ، وهيات الصلاة وأركانها . وهذه تفيد العلم  
 اليقيني .

ثانيا : سنة مشهورة وهي ما رواها عن النبي (ص) واحد أو اثنان أي  
 عدد لا يبلغ حد التواتر ثم اشتهرت فنقلها جموع التواتر في عصر التابعين

(١) أما اذا لم يتصل سندها الى النبي (ص) بأن لم يذكر التابعي  
 اسم الصحابي الذي روى السنة عن النبي (ص) فتسمى بالحديث المرسل .  
 (٢) أنظر شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر للعسقلاني  
 ص ٦-٨ ، والشوكاني ص ٤٦ ، والمستصفي ج ١ ص ٩٠ .

وتابعي التابعين<sup>(١)</sup> وهذا النوع من السنة يفيد العلم اليقيني عند الحنفية ولكن دون اليقين بالسنة المتواترة •

ثالثا - سنة آحاد : وهي ما يرويه عن النبي (ص) عدد لم يبلغ حد التواتر ولم تشتهر فيما بعد أي هي ما ليست سنة متواترة ولا مشهورة • وهذا النوع يفيد العلم الظني الراجح بصحة نسبتها الى النبي (ص) ويلزم العمل بها •

#### ٢٠٤ - أنواع السنة من حيث ماهيتها أي ذاتها :

السنة باعتبار حقيقتها وذاتها<sup>(٢)</sup> تنقسم الى ثلاثة أقسام :

القسم الاول : سنة قولية وهي أقوال النبي (ص) وتسمى بالحديث<sup>(٣)</sup> مثل قوله عليه السلام : ( لا ضرر ولا ضرار ) وقوله : ( من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان )<sup>(٤)</sup> •

القسم الثاني : سنة فعلية وهي ما فعله النبي (ص) مثل قضائه بشاهد واحد ويمين المدعي ومثل ادائه مناسك الحج •

القسم الثالث : سنة تقريرية وهي سكوت النبي (ص) عن انكار قول أو فعل فهذا السكوت يدل على جواز الفعل وإباحته لان النبي (ص) لا يسكت عن باطل أبدا ومن أمثلة هذا النوع سكوته وعدم انكاره لب الغلمان بالحراب في المسجد وسكوته وعدم انكاره على جاريتين صغيرتين كاتتا تغنيان غناء حماسيا في يوم العيد •

---

(١) مسلم الثبوت ج ٢ ص ١١١ • والمقصود بعصر التابعين العصر الذي تلا عصر الصحابة ، وعصر تابعي التابعين العصر الذي تلا عصر التابعين وتنتهي هذه العصور في منتصف القرن الثالث للهجرة تقريبا • وسبب تقييد الشهرة بهذه العصور هو انتشارها واشتهارها بعد التدوين •

(٢) أي متنها فكل سنة لها سند ومتن فالسند هو روايتها والمتن هو نفس السنة المروية •

(٣) وقد يطلق اسم الحديث على جميع أنواع السنة قولية كانت أو فعلية أو تقريرية •

(٤) رياض الصالحين للنووي ص ١٠٨

## ٢٠٥ - السنة تشريع وغير تشريع :

ليس كل ما صدر عن النبي (ص) يكون تشريعا للامة ، بل منه ما يكون كذلك ومنه ما لا يكون ولهذا فالسنة باعتبارها تشريعا أو غير تشريع تنقسم الى قسمين :

القسم الاول : ما صدر عن النبي (ص) باعتباره نبيا ومبلغا عن الله ، فهذا يعتبر تشريعا للامة بلا خلاف • ومن أمثلة هذا النوع ما ذكرناه من أمثلة للسنة القولية والفعلية والتقريرية • ويلاحظ أن سكوت النبي (ص) يدل على إباحة الفعل دائما ومن ثم فهو تشريع للامة •

القسم الثاني : ما صدر عن النبي (ص) من أقوال وأفعال لا باعتباره نبيا مبلغا عن الله ولكن باعتباره انسانا أو بمقتضى خبرته في الشؤون الدنيوية ، فهذا النوع لا يعتبر تشريعا للامة ، ويلحق بهذا القسم من جهة عدم اعتباره تشريعا ما كان خاصا بالنبي (ص) • وعلى هذا الاساس يكون هذا القسم أنواعا على النحو التالي :

أولا : ما صدر عنه بمقتضى الطبيعة البشرية كالأكل والشرب والقيام والقعود فهذا لا يكون تشريعا للامة لان هذه الامور تصدر عن الانسان بمقتضى طبيعته البشرية ، ولكن كيفية أكله وشربه وقيامه وقعوده ونومه ، تدخل في دائرة الافعال المستحبة ، فستحب للمسلم متابعة النبي (ص) في هذه الكيفيات ولا شيء عليه ان لم يتابعه فيها •

ثانيا : ما صدر عنه بمقتضى خبرته وتجاربه في الامور الدنيوية مثل تنظيم الجيوش وتدير أمور الحرب والتجارة ونحو ذلك فهذا لا يعد تشريعا • ولهذا أمر النبي (ص) الجيش في موقعة بدر بالتحول الى مكان معين أشار به أحد الصحابة بعد أن أراد النبي (ص) أن ينزل في مكان غيره •

ثالثا : ما كان خاصا بالنبي (ص) مثل وصاله في الصوم ، والتزوج بأكثر من أربع زوجات والتهجد بالليل وقبوله شهادة خزيمة وحده • فهذه

الامور خاصة به ولا تابعه الامة فيها فلا يجوز في حقنا الوصال في الصوم  
ولا التزوج بأكثر من أربع ولا يجب علينا التهجيد في الليل •  
٢٠٦ - انواع الاحكام التي جاءت بها السنة :

النوع الاول : أحكام موافقة لاحكام القرآن ومؤكدة لها مثل حديث  
( لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه ) فانه موافق ومؤكدة لقوله  
تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون  
تجارة عن تراض منكم » • ومثله أيضا ما جاء في السنة من النهي عن عقوق  
الوالدين وشهادة الزور وقتل النفس بغير حق ونحو ذلك مما ورد في القرآن  
وجاء مثله في السنة •

النوع الثاني : أحكام مينة ومفصلة لمجمل القرآن ومن ذلك السنة  
التي بينت مقادير الزكاة ومقدار المال المسروق الذي تقطع فيه يد السارق •  
النوع الثالث : أحكام مقيدة لمطلق الكتاب أو مخصصة لعامه • فمن  
الاحكام ما يرد في القرآن مطلقا فتقيد السنة أو يأتي عاما فتخصصه السنة  
فمن الاول قطع يد السارق - جاءت مطلقة فتقيدتها السنة بالرسخ أي تقطع  
اليدين من الرسخ • ومن الثاني ما ورد عاما مثل تجريم الميتة قال تعالى « حرمت  
عليكم الميتة » ولكن استثنى منها ميتة البحر • قال عليه السلام عن البحر :  
« هو الطهور ماؤه الحل ميتته » أي أن السنة خصصت الميتة بغير ميتة  
البحر<sup>(١)</sup> •

النوع الرابع : أحكام جديدة لم يذكرها القرآن لان السنة مستقلة  
بشريع الاحكام ، ولها كالقرآن في ذلك ، وقد ثبت عنه عليه السلام أنه  
قال : « الا واني أوتيت القرآن ومثله معه » أي أوتيت القرآن وأوتيت مثله  
- أي السنة - في وجوب اتباع احكامها • ومن هذا النوع تحريم الخمر  
الاهلية وتحريم أكل كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير ، وكالحكم

(١) كما ورد أيضا في السنة حل الجراد الميت فيكون تحريم الميتة  
الوارد في القرآن مخصص بغير ميتة البحر كاسماكها وحيثانها • الجراد •



بشاهد ويمين ، وجواز الرهن في الحضر ، ووجوب الدية على العاقلة وميراث الجدة ونحو ذلك<sup>(١)</sup> .

#### ٢٠٧ - مرتبة السنة في الاحتجاج بها :

لا خلاف في أن السنة مصدر للتشريع كما قدمنا ولكن رتبها في ذلك تالية لرتبة الكتاب ، بمعنى أن الاحتجاج بالكتاب مقدم على الاحتجاج بالسنة ، وإن المجتهد يفتش عن الحكم في الكتاب أولا فإن وجده أخذ به وإن لم يجده تحول إلى السنة ليتعرف على الحكم فيها .

ودل على هذا الترتيب ما روي عن النبي (ص) أنه قال لمعاذ : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله . قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله (ص) . . . الخ . وما روي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى القاضي شريح : « إذا أتاك أمر فأقض بما في كتاب الله فإن أتاك ما ليس في كتاب الله فأقض بما سن فيه رسول الله (ص) »<sup>(٢)</sup> . ولا يعرف مخالف لهذا .

---

(١) الشوكاني ص ٣٢ . ويلاحظ هنا أن بعض أحكام السنة جاءت على شكل قواعد ومبادئ عامة ، كما ذكرنا بالنسبة لأحكام القرآن . ولا شك أن مجيء هذه الأحكام بهذا الشكل هو الملائم لطبيعة الشريعة من كونها عامة باقية لا تضيق بالجديد من الحوادث ، كما ذكرنا في بحثنا عن أحكام القرآن . ومن هذه القواعد والمبادئ التي جاءت بها السنة ما يأتي :

- أ - لا ضرر ولا ضرر .
  - ب - إنما الأعمال بالنيات .
  - ج - إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .
  - د - المسلمون على شروطهم .
  - هـ - الولد للفراش .
  - و - على اليد ما أخذت حتى تؤديه .
  - ز - البينة على من ادعى واليمين على من أنكر .
- (٢) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ٧-٨

## الفصل الثاني

### المصادر التبعية

## لِبَيِّنَاتِ الْأَوَّلِ

### الاجماع

٢٠٨ - الاجماع في اللغة الغزم على الشيء والتصميم عليه • وفي اصطلاح الفقهاء وعلماء الاصول اتفاق المجتهدين من الامة الاسلامية في عصر من العصور بعد وفاة النبي (ص) على حكم شرعي<sup>(١)</sup> •  
والاجماع مصدر للتشريع ودليل من أدلة الاحكام ، وقد ثبت ذلك بنصوص كثيرة من الكتاب والسنة تعرف في مظانها من كتب أصول الفقه المختلفة •

٢٠٩ - مستند الاجماع :

الاجماع لا بد أن يستند الى دليل لان القول في الامور الشرعية من غير دليل خطأ<sup>(٢)</sup> ، والامة الاسلامية لا تجتمع على خطأ كما جاء في أحاديث كثيرة عن النبي (ص) • فلا بد ، اذن ، أن يكون اجماع المجتهدين عن دليل لئلا تجتمع الامة على خطأ ، لان غير المجتهدين تبع للمجتهدين فاذا وقع المجتهدون في الخطأ وقعت الامة في الخطأ وهذا منفي عنها بنص الاحاديث النبوية •

ومستند الاجماع ، أي دليله ، قد يكون نصا من الكتاب والسنة كما قد يكون قياساً أو عرفاً أو غير ذلك من أنواع الاجتهاد • فالاجماع على

(١) أنظر الشوكاني ص ٦٣ ، والمستصفي ج ١ ص ١١٠

(٢) الأمدى ج ١ ص ٣٧٦

تحريم التزوج بينات الاولاد مهما نزلت درجتهم ، مستند الى نص الكتاب ،  
« حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » واجماع الصحابة على أن ميراث الجدة  
السدس مستنده سنة الأحاد ، والاجماع على تحريم شحم الخنزير مستنده  
القياس على تحريم لحمه ، واجماع الصحابة على قتال مانعي الزكاة كان  
بطريق الاجتهاد<sup>(١)</sup> .

#### ٢١٠ - أنواع الاجماع :

الاجماع نوعان : صريح وسكوتي :

فالصريح هو أن يتفق جميع المجتهدين على حكم المسألة بصورة  
صريحة كأن يبدي كل مجتهد رأيه وتكون الآراء متفقة على حكم المسألة .  
والسكوتي هو أن يبدي بعض المجتهدين رأيه في مسألة ويعلم به  
الباقيون فيسكتون ولا يصدر عنهم صراحة اعتراف ولا انكار .

#### ١٢١ - امكان الاجماع وهل وقع فعلا :

ادعى البعض أن الاجماع بشروطه المذكورة في التعريف لا يمكن  
وقوعه لان المجتهدين متفرقون ولا سبيل الى معرفتهم ولا معرفة آرائهم .  
ثم يقولون ولهذا لم يقع الاجماع فيما مضى .  
وقال الاكثرون ان الاجماع بشروطه ممكن الوقوع وقد وقع فعلا  
بما مضى . ونحن نرجح التفصيل في المسألة . ففي عصر الخلفاء الراشدين  
لا سيما في عصر أبي بكر وعمر ، حيث كان المجتهدون معروفين ومستقرهم  
في المدينة والرجوع اليهم لمعرفة آرائهم ميسور ، نقول في هذا العصر وقع  
الاجماع فعلا وحصلت اجماعات كثيرة منها : اجماعهم على قتال مانعي  
الزكاة ، وجمع القرآن ، واعطاء الجدة السدس في الميراث ، وعدم قسمة  
الاراضي المفتوحة على الفاتحين ، وعدم الجمع بين نكاح المرأة وعمتها أو  
خالتها ونحو ذلك . أما بعد هذا العصر حيث تفرق المجتهدون في الاقطار

(١) المرجع السابق . ج ١ ص ٣٧٩ وما بعدها .

وكرر عددهم فمن السير القول بوقوع الاجماع ، وأقصى ما يستطيع قوله  
ان أحكاما اجتهادية اشتهرت ولم يعرف لها مخالف ، ولكن لا يخفى أن  
عدم معرفة المخالف لا يدل على عدم وجود المخالف •

#### ٢١٢ - أهمية الاجماع في الوقت الحاضر :

الاجماع مصدر فقهي مشهود له بالصحة والاعتبار فيمكن الاستفادة  
منه في معرفة الاحكام الشرعية للوقائع الجديدة في وقتنا الحاضر • ونعتقد  
ان هذه الاستفادة لا يمكن أن تتم الا عن طريق ايجاد مجمع فقهي يضم  
جميع المجتهدين من جميع الاقطار الاسلامية ، ويكون لهذا المجمع مكان  
معين ويهيء له جميع ما يلزم لعمله ، وتعرض عليه المسائل والوقائع الجديدة  
لدراستها وايجاد الاحكام لها ، ثم تنشر هذه الاحكام في نشرات دورية أو  
كتب خاصة لاطلاع الناس عليها وابداء أولي العلم آرائهم فيها • فإذا ما  
اتفقت الآراء على هذه الاحكام كانت من الاحكام المجمع عليها ، وكان هذا  
الاجماع قريبا من الاجماع المنصوص عليه عند الفقهاء ولزم اتباعه والعمل  
بموجبه •

## المبحث الثاني

### القياس

٢١٣ - القياس في اللغة التقدير والمساواة • وفي اصطلاح العلماء  
الحاق مسألة لا نص على حكمها بمسألة ورد النص بحكمها في الحكم الذي  
ورد به النص لتساوي المسألتين في علة الحكم<sup>(١)</sup> • فهذا اللاحق يسمى  
قياسا • والمسألة المنصوص على حكمها تسمى المقيس عليه أو الاصل •  
والحكم الذي ورد به النص في المقيس عليه يسمى حكم الاصل • والمسألة  
التي لم يرد نص بحكمها ويراد الحاقها بالمقيس عليه تسمى الفرع أو

(١) أنظر : التوضيح وشرحه التلويح في اصول الفقه ج ٢ ص ٥٢ •

## ٢٠ - النوع الثاني - استثناء جزئية من أصل أو قاعدة عامة :

قد تقتضي القاعدة العامة حكماً كلياً ينطبق على جميع جزئيات القاعدة  
ممكن يظهر للمجتهد دليل يقتضي استثناء مسألة معينة من هذا الحكم الكلي،  
نفرد تلك المسألة بحكم خاص • ودليل الاستثناء قد يكون نصاً أو مصلحة  
عرفاً أو غير ذلك • ونورد فيما يلي بعض الأمثلة :

أولاً : القاعدة العامة تقتضي بأن بيع ما ليس عند الإنسان باطل لانه  
مع معدوم • ولكن السلم - وهو بيع معدوم - استثنى من البطلان لورود  
نص بجوازه وهو ما روي عن النبي (ص) أن قال : « من أسلف فليسلف  
، كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » • والحق أن دليل جواز السلم  
والسنة ، ولكن الحنفية اصطلاحوا على القول بأن السلم جاز استحساناً ،  
م يقولون : ووجه الاستحسان هو السنة • فهذا اصطلاحهم ولا مشاحة في  
لاصطلاحات •

ثانياً : الاصل العام أن المحجور عليه لسفه لا تصح منه التبرعات ومنها  
لوقف • ولكن استثنى من هذا الاصل جواز وقفه على نفسه للمصلحة  
استحساناً • ووجه الاستحسان هو حفظ ماله وعدم صيرورته عالة على غيره •

ثالثاً : الاصل العام في الوقف التأييد • ومقتضى هذا الاصل عدم صحة  
وقف المنقول لانه غير قابل للتأييد بطبيعته ، ولكن استثنى بعض العلماء وقف  
للمنقول اذا جرى به العرف استحساناً كوقف الكتب ونحوها •

## ٢١ - حجية الاستحسان :

الاستحسان مصدر من مصادر الفقه المعتمدة لانه ليس الا اخذاً بقياس  
أو بدليل آخر ، كما تبين مما قلناه • أما من أنكره من العلماء كالشافعي  
فانه أراد بالاستحسان اتباع الهوى وتشريع الاحكام بغير دليل ، وهذا  
لا يجوز • ولهذا سلم به أصحابه بعد أن تبين لهم مراد القائلين به •

## مبحث الرابع

### المصالح المرسله

٢٢٠ - تمهيد :

المقصود بتشريع الاحكام تحقيق المصالح للناس بجلب المنافع لهم ودرء  
المفاسد عنهم . ومصالح الناس ثلاثة أنواع من حيث اعتبار الشارع لها :  
النوع الاول : مصالح اعتبرها الشارع وشرع الاحكام لتحقيقها مثل  
مصلحة حفظ النفس فقد شرع لها القصاص ، ومصلحة حفظ المال شرع لها  
عقوبة قطع يد السارق ، ومصلحة حفظ العقل شرع لها عقوبة شرب  
الخمير .

النوع الثاني : مصالح الغاها الشارع ولم يعتبرها لانها تفوت مصلحة  
أكبر ، ومثال هذا النوع الاستسلام للعدو لم يعتبره الشارع وان كان فيه  
مصلحة حفظ نفوس المحاربين ، لان رعاية هذه المصلحة يفوت مصلحة  
أعظم هي حفظ البلاد من استعمار العدو لها واهدار كرامة أبنائها ، ولهذا  
شرع القتال وأوجب مدافعة العدو وصدّه .

النوع الثالث : مصالح لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها أو الغائها  
وهذه هي المصالح المرسله أي المصالح المطلقة عن دليل اعتبارها أو الغائها .  
٢٢١ - تعريف المصالح المرسله :

فالمصالح المرسله اذن هي المصالح التي لم يشرع الشارع أحكاما  
لتحقيقها ولم يقم دليل معين على اعتبارها أو الغائها .

فهل يجوز تشريع الحكم لتحقيق مثل هذا النوع من المصالح ؟ قال  
جمهور العلماء بالإيجاب . فكل واقعة ليس فيها نص ولا اجماع ولا قياس  
ولا استحصان وفيها مصلحة للناس ، يجوز للمجتهد ايجاد الحكم المناسب  
لتحقيق هذه المصلحة للناس .

ومثال الاحكام التي شرعت بناء على المصلحة : جمع القرآن في مصحف

المقيس • والعلة التي من أجلها شرع الحكم تسمى العلة •  
فإذا وجدت مسألة ورد النص بحكمها وعرفنا علة الحكم ثم وقعت  
مسألة لم ينص على حكمها ولكن تشترك مع المسألة الاولى في علة الحكم  
فان المسألة الثانية تأخذ حكم المسألة الاولى •

٢١٤ - امثلة على القياس :

أولا : حكم شرب الخمر التحريم لورود النص بذلك • وعلة هذا  
الحكم الاسكار • فكل نبيذ فيه هذه العلو يكون حكمه التحريم أيضا قياسا  
على الخمر •

ثانيا : قتل الوارث مورثه ، مسألة ورد النص بحكمها وهو حرمان  
القاتل من الميراث وعلة الحكم هو استمجال الوارث الميراث قبل أوانه فعوقب  
بحرمانه • وقتل الموصى له الموصي مسألة لم يرد النص بحكمها ولكن فيها  
نفس علة مسألة قتل الوارث مورثه وهي استمجال الشيء قبل أوانه فتأخذ نفس  
الحكم وهو حرمان الموصي له القاتل من حقه في الوصية كما حرم الوارث  
القاتل من حقه في الميراث •

فقتل الوارث مورثه هو المقيس عليه أو الاصل • وحرمانه من حقه  
في الميراث هو حكم الاصل وعلة الحكم هو استمجال الحق قبل أوانه • وقتل  
الموصى له للموصي هو المقيس أو الفرع وفيه نفس علة الاصل فيأخذ  
حكمه • فهذه العملية وهي الحاق الموصى له القاتل بالوارث القاتل في الحرمان  
من الحق ، تسمى هذه العملية بالقياس •

٢١٥ - حجية القياس :

ثبتت حجية القياس بأدلة كثيرة منها نصوص الكتاب والسنة والاجماع  
وعمل السلف بالقياس عند وجود النص دون انكار<sup>(١)</sup> •

---

(١) أدلة القياس مبسطة في كتب اصول الفقه ولم نر ذكرها هنا  
لاننا نريد الايجاز لا الاسهاب في بحث مصادر الفقه •

## لمبحث الثالث

### الاستحسان

٢١٥ - الاستحسان في اللغة عد الشيء حسناً • وفي اصطلاح العلماء هو العدول عن قياس جلي الى قياس خفي أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة لدليل يقتضي هذا العدول •  
ومن هذا التعريف يتبين لنا أنه نوعان : (الاول) ترجيح قياس خفي على قياس جلي • (الثاني) استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة •

#### ٢١٧ - النوع الاول - ترجيح قياس خفي على قياس جلي :

قد يتجاذب المسألة قياسان (الاول) قياس ظاهر متبادر الى الذهن ، (الثاني) قياس دقيق غير متبادر الى الذهن ولكنه أقوى من الاول ويظهر عند التأمل في المسألة فيسبل المجتهد اليه ويأخذ بمقتضاه ويترك القياس الاول الجلي • ومثاله : بيع الاراضي الزراعية دون النص في عقد البيع على حقوق ارتفاقها كحق الشرب والمسيل والمرور • فهذه الحقوق لا تدخل تبعاً مع المبيع عند الحنفية • فاذا وقف شخص أرضاً زراعية ولم يذكر حقوق ارتفاقها صراحة لا تدخل في الوقف قياساً على البيع كما يفرض به القياس الجلي لان كلا من البيع والوقف اخراج المال من ماله • ولكن عند التأمل في المسألة يظهر لنا أن قياسها بالاجارة أولى لان الموقوف عليه لا يملك الموقوف وانما يملك منفعة فقط كما ان المستأجر لا يملك المأجور وانما يملك منفعة فقط ومقتضي هذا القياس الخفي دخول حقوق الارفاق تبعاً في الوقف ولو لم ينص عليها في الوقف قياساً على دخولها في الاجارة من غير ذكر لها لان منفعة الموقوف لا يمكن تحصيلها من الارض الموقوفة بدون حقوقها الارتفاقية ، كما هو الحال في اجارتها •



واحد من قبل أبي بكر • وتدوين الدواوين من قبل عمر واتخاذ الصحابة  
البيجون وقتل الجماعة بالواحد وتضمنين الصناع ما يهلك بأيديهم من أموال  
الناس وحق ولي الامر في فرض الضرائب على الاغنياء عند الضرورة ونحو  
ذلك •

#### ٢٢٢ - حجية المصالح المرسلة :

المصالح المرسلة : مصدر فقهي دل على اعتباره استقراء نصوص  
الشريعة وأحكامها في الكتاب والسنة ، وعمل فقهاء الصحابة • وهذا المصدر  
يتسع للاحداث الجديدة والوقائع المتطورة ويجعل الفقه مرنا ناميا لا يقف  
عند حد ولا يتحجر أو يضيق أمام مصلحة حقيقية لم يأت الشارع بحكم  
لها • وقد أخذ الفقهاء بهذا المصدر واستنبطوا الاحكام منه ، وان كان منهم  
القل ومنهم المكثر ومنهم بين بين • ومن الاحكام الحاضرة التي يمكن أن  
نجد لها سندا من المصالح المرسلة مسألة عدم انتقال ملكية العقار ما لم يسجل  
بدوائر الطابو •

## المبحث الخامس

### سد الذرائع

٢٢٣ - الذرائع معناها الوسائل • فاذا كانت الوسائل مفضية الى الحرام  
والفساد كانت هذه الوسائل محرمة ووجب سدها ومنعها حسما لمادة وسائل  
الفساد • وان كانت هذه الوسائل تؤدي الى أمر مطلوب في الشرع كانت  
هذه الوسائل مطلوبة أيضا • فالذراع تسد وتمنع اذا كانت تفضي الى  
الفساد ، وتجب وتفتح اذا كانت تفضي الى المصالح<sup>(١)</sup> • ولكن أكثر ما  
يطلق اسم الذرائع على الافعال والطرق المؤدية الى الشر والفساد ولهذا اذا

---

(١) الفروق للقرافي ج ٢ ص ٣٢ - ٣٣

قيل سد الذرائع فيراد سد الطرق ومنع الافعال المؤدية الى النثر والفساد .  
٢٢٤ - والفعل يكون وسيلة الى الفساد فيمنع بغض النظر عن قصد صاحبه . لان المنظور اليه في هذا الباب مآلات الافعال أي ما تؤدي اليه فان كان المآل فسادا كان الفعل المؤدي اليه ممنوعا سدا لذريعة الفساد وان لم يقصد الفاعل بفعله الفساد .

#### ٢٢٥ - حجة هذا الاصل :

واصل سدا الذرائع مشهود له بالصحة بدلائل الكتاب والسنة وعمل الصحابة فمن الكتاب : قوله تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم » (١) . وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا واسمعوا » (٢) . نهى الله المسلمين من استعمال كلمة ( راعنا ) لان اليهود كانوا يريدون بها شتم النبي (ص) ولا يريدون منها اللغوي المعروف ، فجاء النهي عنها سدا لذريعة الفساد .

ومن السنة نهى النبي (ص) عن الاحتكار سدا لذريعة التضيق على الناس . ونهى النبي (ص) الدائن عن قبول الهدايا من مدينه سدا لذريعة الربا .

وقد عمل فقهاء الصحابة بهذا الاصل فورثوا المطلقة بائنا اذا طلقها زوجها في مرض الموت سدا لذريعة حرمانها من الميراث (٣) .

فسد الذرائع أصل معتبر ومصدر فقهي تستقى منه الاحكام وقد أخذ به الائمة المجتهدون وكان أكبرهم أخذاً بهذا المصدر الامام مالك والامام أحمد بن حنبل .

---

(١) سورة الانعام ، الآية ١٠٨  
(٢) سورة البقرة ، الآية ١٠٤  
(٣) تاريخ التشريع الاسلامي للخضري ص ٢١٨

## المبحث السادس

### العرف

٢٢٦ - العرف ما اعتاده الناس وساروا عليه في امور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك . ويسمى أيضا بالعادة على رأي كثير من الفقهاء . وبعضهم يجعل العادة ، وهي الامر المتكرر ، أعم من العرف فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفا ، وبعضهم يجعل العرف هو الاعم<sup>(١)</sup> . والذي نختاره أن العرف والعادة سواء فهما اسمان لما ألفه الناس واعتادوه وساروا عليه في حياتهم وهذا هو الذي يدل عليه كلام الفقهاء .

٢٢٧ - أنواعه :

أولا : ينقسم العرف الى عرف قولي ، وعرف عملي .  
فالعرف القولي مثل تعارف الناس اطلاق كلمة الولد على الذكر دون الانثى مع انها في اللغة تطلق على الاثنين ، وبهذا المعنى جاءت في القرآن الكريم في قوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد » وقوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » .  
ومن العرف العملي تعارف الناس البيع بالتعاطي دون استعمال الصيغة اللفظية في البيع .  
ثانيا : وينقسم العرف من جهة عمومته الى عرف عام وعرف خاص .  
فالعرف العام ما يتعارفه الناس في جميع البلاد في وقت من الاوقات كتعارفهم دخول الحمامات من غير تعيين مدة المكث فيها ولا تعيين مقدار الماء المستهلك .

والعرف الخاص هو ما يتعارفه أهل بعض البلاد كتعارف أهل العراق

---

(١) العرف والعادة للاستاذ أحمد فهمي ابو سنة ص ١٨ - ١١ .  
واصول الفقه للشيوخ عبد الوهاب خلاف ص ٩٧ - ٩٨ .

على تعجيل قسم من المهر وتأجيل الباقي الى أقرب الاجلين : الموت أو الطلاق • وما يتعارفه أهل طائفة دون غيرها من الطوائف كتعارف التجار على ائبات ديونهم على من يتعامل معهم في دفاترهم الخاصة من غير اشهاد • وكعارف أصحاب البساتين في بعض جهات لواء ديالى على اعطاء علاوة للمشتري زيادة على مقدار المبيع •

ثالثا : وينقسم العرف من جهة صحته وفساده الى قسمين : صحيح ، وفساد •

والعرف الصحيح هو ما لا يخالف نصا من نصوص الشريعة ولا قاعدة من قواعدها وإن لم يرد به نص خاص •

والعرف الفاسد هو ما يخالف احكام الشريعة وقواعدها الثابتة كتعارف الناس على كثير من المنكرات مثل التعامل بالربا وشرب الخمر وتعاطي القمار ونحو ذلك •

#### ٢٢٨ - العرف المعتبر :

لا خلاف بين الفقهاء أن العرف الفاسد لا اعتبار له ، لان العرف الفاسد اتباع للهوى والاختد باللهوى يفسد الشريعة • قال تعالى : « ولو اتبع الحق اهواءهم لفسدت السموات والارض ومن فيهن » • والعرف الصحيح لا خلاف في اعتباره والاعتداد به ، فالفقهاء من مختلف المذاهب يعتقدون به ويلاحظونه في الاستنباط وعند تطبيق الاحكام وعند تفسير نصوص عقود الناس •

وأساس اعتبار العرف يرجع الى رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عنهم ، وقد راعته الشريعة في أحكامها ، فالاسلام أقر ما كان عند العرب في الجاهلية من عادات صحيحة كفرض الدية على العاقلة ، واقرار بعض المعاملات كالمضاربة والشركة ونحو ذلك • وقد استدل بعض العلماء على حجية العرف بما روي عن النبي (ص) ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله

حسن<sup>(١)</sup> . وعلى كل حال فهو حجة شرعية ومصدر فقهي تستقي منه  
لاحكام وعلى المجتهد والمفتي والقاضي ملاحظته . وقد ذكرنا بعض القواعد  
الفقهية الدالة على اعتبار العرف .  
٢٢٩ - تغير الاحكام بتغير العرف :

الاحكام المبنية على العرف والعادة تغير اذا تغيرت الاعراف والعادات،  
كما بينا هذا من قبل . ولهذا نجد بعض الاختلافات بين الفقهاء من المذهب  
الواحد مردها تغير العرف . ويقول الفقهاء عن مثل هذا الاختلاف : انه  
اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . والشافعي عندما نزل  
بمصر بعد تركه العراق غير بعض آرائه في المسائل التي يختلف فيها عرف  
أهل مصر عن عرف أهل العراق . ونختم هذا الكلام بكلمة قيمة جامعة  
للإمام القرافي توضح هذا المعنى قال رحمه الله « الاحكام المترتبة على العادات  
تدور معها اينما دارت وتبطل معها اذا بطلت . . . وبهذا القانون تعتبر  
جميع الاحكام الشرعية المترتبة على العوائد - وهو تحقيق مجمع عليه بين  
العلماء - »<sup>(١)</sup> .

## المبحث السابع

### مذهب الصحابي

٢٣٠ - تمهيد :

الصحابي عند الجمهور من علماء الاصول من شاهد النبي (ص) وآمن  
به ولازمه مدة تكفي لاطلاق كلمة الصحابي عليه عرفاً ، مثل الخلفاء  
الراشدين وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس وغيرهم ممن آمن بالنبي  
(ص) ونصره وسمع منه واحتدى بهديه .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٥ ص ٢٢٣ .  
(١) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٧٦ وما بعدها .

وبعد وفاة النبي (ص) قام أصحابه الكرام - ممن عرفوا بالعلم والفقه - بالافتاء والقضاء بين الناس وقد نقلت إلينا فتاواهم وأقضيّتهم فهل تعتبر هذه الفتاوى والأقضية من مصادر الفقه يلتزم بها المجتهد ولا يتعداها إذا لم يجد للمسألة حكما في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع ؟

#### ٢٣١ - تحرير محل اختلاف العلماء :

ولاجل تحرير محل اختلاف العلماء في حجية قول الصحابي نفصل المسألة على النحو الآتي :

أولا : لا خلاف في أن قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأي حجة ومصدر للفقه لأن هذا القول منه محمول على السماع من النبي (ص) فيكون من قبيل السنة • والسنة مصدر للتشريع •

ثانيا : لا خلاف في أن قول الصحابي الذي حصل عليه الاتفاق حجة أيضا ، ومصدر للتشريع ، لأن الإجماع من المصادر التشريعية كما قلنا • أما قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف فهو من قبيل الإجماع السكوتي وهو حجة أيضا عند القائلين به •

ثالثا : لا خلاف في أن قول الصحابي لا يعتبر حجة ملزمة على صحابي مثله فقد رأينا الصحابة يختلفون فيما بينهم ولم يلزم أحدهم الآخر بما ذهب إليه •

رابعا : قول الصحابي الصادر عن رأي واجتهاد • فهذا هو الذي حصل فيه اختلاف ، من جهة اعتباره ملزما لمن جاء بعد الصحابة •

٢٣٢ - ذهب البعض إلى أن قول الصحابي حجة يجب اتباعها وللمجتهد أن يتخير من أقوال الصحابة ما يراه أقرب إلى الكتاب والسنة • وذهب البعض الآخر إلى أن قوله ليس بحجة وللمجتهد أن يجتهد ويأخذ بمقتضى اجتهاده • احتج الأولون بأن احتمال الصواب فيما اجتهد فيه الصحابة أكثر جدا من احتمال النسبة لغير الصحابي ، لأن الصحابة شاهدوا التنزيل

ووقفوا على أسرار التشريع ولازموا النبي (ص) ملازمة طويلة أكسبتهم ذوقاً  
فقهياً ، وكانت عندهم معرفة واسعة بالكتاب وبأسرار اللغة العربية وكل هذا  
يجعل آرائهم منزلة أكبر من آراء غيرهم ويجعل اجتهادهم أقرب للصواب  
من اجتهاد غيرهم •

واحتج الآخرون بأننا ملزمون باتباع الكتاب والسنة وما أرشدت إليه  
من مصادر وليس قول الصحابي واحداً من هذه المصادر ، وبأن الاجتهاد  
بالرأي معرض للخطأ لا فرق بين صحابي وغيره وان كان احتمال الخطأ  
بالنسبة للصحابي أقل •

والذي نميل إليه أن قول الصحابي ليس بحجة ملزمة ولكن نرجح  
الآخذ به حيث لا حكم للمسألة في الكتاب و في السنة ولا في الاجماع  
ومصادر الفقه الأخرى ، على وجه الترجيح لا الالتزام<sup>(١)</sup> •

## المبحث الثامن

### شرع من قبلنا

٢٣٣ - المقصود بشرع من قبلنا : الاحكام التي شرعها الله تعالى لمن  
سبقنا من الامم وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الامم •

٢٣٤ - وقد اختلف العلماء في تلك الاحكام هل تلزمنا وتكون جزءاً  
من شريعتنا ام لا ؟

وقبل ذكر أقوالهم لابد من تحرير محل الاختلاف ، لان شرع من  
قبلنا انواع ، وبعض الأنواع متفق عليها • وبعضها هو محل الاختلاف ،

---

(١) راجع في هذا المبحث : اعلام الموقعين لابن القيم ، والمستصفي  
للفغزالي ، وارشاد الفحول للشوكانى •

فلا بد من ذكر هذه الانواع وبيان ما اختلف فيه من هذه الانواع فنقول

النوع الاول : أحكام لم يرد لها ذكر في كتابنا ولا في سنة نبينا (ص) .  
وهذا النوع لا يكون شرعا لنا بلا خلاف بين العلماء .

النوع الثاني : أحكام قصها القرآن أو السنة وقام الدليل من شريعتنا على انها منسوخة في حقنا أي انها خاصة بالامم السابقة . فهذا النوع لا يكون شرعا لنا بلا خلاف بين العلماء .

النوع الثالث : أحكام جاءت في القرآن أو في السنة وقام الدليل من شريعتنا بأن هذه الاحكام مفروضة علينا كما كانت مفروضة على غيرنا من الامم السابقة . وهذا النوع لا خلاف في انه شرع لنا وان مصدر شرعيته لنا نفس أحكام شريعتنا .

النوع الرابع : أحكام جاءت بها نصوص الكتاب أو السنة ولم يقم دليل من سياق هذه النصوص على بقاء الحكم أو عدم بقائه بالنسبة لنا . مثل قوله تعالى : « وكتبنا عليها فيها ان النفس بالنفس » والعين بالعين ، والانف بالانف ، والاذن بالاذن ، والسن بالسن ، والجروح قصاص ، فهل يعتبر هذا النوع شرعا لنا أم لا ؟ هذا هو محل الخلاف بين العلماء .

٢٣٥ - فذهب بعضهم كالحنفية وغيرهم الى أنه شرع لنا . وذهب البعض الآخر الى أنه ليس شرعا لنا . واستدل كل فريق بما يؤيد وجهة نظره (١) .

والراجع أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا ، قال تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » .

---

(١) انظر المستصفى ص ١٣٢ وما بعدها . والامدى ج ٤ ص ١٨٦ وما بعدها .



ومع هذا ، فإن هذا الخلاف غير مهم لأنه لا يترتب عليه اختلاف في العمل فما من حكم من أحكام الشرائع السابقة الذي قصه الله أو رسوله علينا الا وفي شريعتنا ما يدل على نسخه أو بقاءه في حقنا ، سواء جاء دليل النسخ أو الابقاء في سياق النص الذي حكى لنا حكم الشرائع السابقة أو جاء ذلك الدليل في مكان آخر من نصوص الكتاب والسنة فالآية التي ذكرناها وهي : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » . لا خلاف بين العلماء أن أحكامها ثابتة في حقنا وانها جزء من شريعتنا<sup>(٢)</sup> . فهي معمول بها من قبل القائلين : أن شرع من قبلنا شرع لنا والمخالفين لهم في ذلك ، فالاولون يحتجون بها وفقا لمذهبهم ، والآخرين يحتجون بها لان الدلائل من شريعتنا قامت على انها شرع لنا . فمن هذه الدلائل :

أولا : قوله تعالى : « كتب عليكم القصاص في القتلى » وقوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل » .

وفي السنة : « والعمد قود الا أن يعفوا ولي القتل » وقوله عليه السلام أيضا : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : اما ان يقتدي واما أن يقتل » . وفي حديث آخر : « لا يحل دم امرئ مسلم . . . الا باحدى ثلاث : الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة » .

---

(٢) قال الامام الشافعي في كتابه أحكام القرآن ج ١ ص ٢٨٠-٢٨١ : ذكر الله تعالى ما فرض على أهل التوراة فقال : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين . . الخ » ولم أعلم خلافا في أن القصاص في هذه الامة كما حكى الله عز وجل انه حكم بين أهل التوراة . ولم أعلم خلافا في أن القصاص بين الحرين المسلمين في النفس وما دونها في الجراح التي يستطيع فيها القصاص بلا تلف يخاف على المستفاد منه من مواضع القود .

وانظر ايضا في تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٦٢ ، فقد حكى الاجماع أيضا على العمل بموجب هذه الآية .  
وفي المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٧٠٢ - ٧٠٣ : وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس اذا أمكن .

فهذه الآيات والاحاديث تدل بصراحة على وجوب القصاص في القتل •  
والقصاص في القتل هو بعض ما جاءت به الآية : • وكتبنا عليهم فيها أن  
النفس بالنفس •••• الخ ، (١) •

ثانيا : - قضى النبي (ص) بالقصاص في الجروح (٢) •

ب - وفي قصة الربيع بنت النضر ، طلب أولياء المجني عليها من النبي  
(ص) القصاص منها في سن كسرتها لجارية فأجابهم النبي (ص) الى طلبهم  
وقال : كتاب الله القصاص • أي يقضي بالقصاص • ولكن عفا أهل الجارية  
فلم يجز القصاص (٣) •

ج - وعن النبي (ص) انه قال : • من أصيب بدم أو خبل - والخبل  
الجراح - ، فهو بالخيار بين احدى ثلاث : اما أن يقتص أو يأخذ العقل  
- أي الضمان المالي ، وهو الدية - أو يعفو ، (٤) •

د - قوله تعالى : • فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى  
عليكم ، • قال العلماء ، هذه الآية يندرج فيها وجوب القصاص المذكور في  
آية : وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ••• الخ ، فيدخل فيها العين بالعين  
والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن وغيرها (٥) •

فهذه الآية ، والاحاديث التي ذكرناها كلها تدل على أن أحكام الآية  
التي نحن بصددھا ( وكتبنا عليهم فيها • الخ ) تعتبر جزء من شريعتنا فهي  
شرع لنا بالادلة الثابتة في شريعتنا لا بمجرد أنها شرعت للامم السابقة •

(١) نيل الاوطار ج ٧ - ٧ ، المغني ج ٧ ص ٦٣٩ ، ٦٤٧

(٢) كتاب أقضية رسول الله (ص) تأليف الشيخ الامام عبدالله محمد  
بن فرج المالكي ص ١٢ •

(٣) المرجع السابق ص ١٣

(٤) نيل الاوطار ج ٧ ص ٧

(٥) الآمدي في كتابه الاحكام في اصول الاحكام ج ٤ ص ١٩٩ -

والمستصفى للغزالي ج ١ ص ١٣٤ - ١٣٥ •

## المبحث التاسع

### الاستصحاب

٢٣٦ - الاستصحاب في اللغة المصاحبة أو استمرار الصحبة • وفي اصطلاح العلماء الحكم ببقاء الشيء على ما كان عليه في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره • أو هو بقاء الحكم الثابت في الماضي حتى يقوم الدليل على تغيره •

فاذا ثبت أن فلانا زوج فلانة فإنه يحكم بقيام الزوجية بينهما حتى يقوم الدليل على زوالها • وإذا ثبت الملك لانسان في عين ، يستمر له هذا الملك حتى يقوم الدليل على انتقاله الى غيره • وإذا ثبت أن فلانا مدين لآخر فإن ذمة المدين تبقى مشغولة بالدين حتى يثبت فراغها منه بالاداء أو بالابراء •

٢٣٨ - وقد بني على الاستصحاب بعض المبادئ أو القواعد الشرعية ، فمن ذلك :

أ - الاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره • وعلى هذا فمن ثبت حياته لا يحكم بوفاته حتى تثبت الوفاة بالدليل • وعلى هذا الاصل بنيت أحكام المفقود في الفقه •

ب - الاصل في الاشياء الاباحة • فكل عقد أو تصرف أو حيوان أو نبات أو طعام لا يعرف حكمة لا في الكتاب ولا في السنة ولا في المصادر الاخرى ، فإنه يحكم بجوازه واباحته استصحابا لهذا الاصل أي استصحابا للحكم الاصيلي للاشياء وهو الاباحة •

ج - اليقين لا يزول بالشك : فالشيء الثابت وجوده على وجه اليقين لا يحكم بزواله بمجرد الشك • فمن يقن الوضوء ثم شك بانتقاضه حكم ببقائه •

د - الاصل براءة الذمة : أي ان ذمة الانسان تعتبر غير مشغولة بشيء حتى يثبت اشتغالها به • فمن ادعى على غيره ديناً فعليه الاثبات •

٢٣٨ - والاستصحاب آخر ما يلجأ اليه الفقيه لمعرفة الحكم الشرعي اذا لم يجده في مصادر الفقه التي ذكرناها •

## القِسْمُ الثَّانِي

دراسة بعض النظم القانونية في الفقه الاسلامي

## الباب الأول

### نظام الملكية

## الفصل الأول

### المال وأقسامه

تمهيد :

الملكية ترد غالبا على المال فكان من المستحسن تعريف المال وبيان أنواعه قبل الكلام عن الملك وعلاقة المال به •

٢٣٩ - تعريف المال :

عرفه بعض الفقهاء بأنه ما يميل اليه بالطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة<sup>(١)</sup> •

ويرد على هذا التعريف اعتراضان : (الاول) ان من الاشياء ما تعافه النفس ولا يميل اليه طبع الانسان ومع هذا فهو مال مثل السموم والادوية المرة • (الثاني) ان من الاشياء ما لا يمكن ادخاره على نحو تبقى معه منفعة كما هي ومع هذا فهو من الاموال قطعا كالخضراوات ونحوها •

وعرفه آخرون بأنه اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ويمكن احرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار<sup>(٢)</sup> •

والتعريف المختار ما قاله البعض من أن المال كل ما يمكن حيازته

---

(١) رد المختار شرح الدر المختار للامام الفقيه ابن عابدين ج ٤ ص ٣ •

(٢) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره لاستاذنا محمد سلام مذكور

ص ٢٧٥ هامش (٢) •

والانتفاع به على وجه معتاد<sup>(١)</sup> . فهذا التعريف يدل على أن مالية الشيء تتحقق إذا توافر فيه امران : ( الأول ) إمكان جازنه و ( الثاني ) إمكان الانتفاع به .

٢٤٠ - ويترتب على هذا التعريف المختار ما يأتي :

أ - ما نحوزه ونتنفع به فعلا يعد من الاموال كالـدور والاراضي والسيارات والنقود والياب والحيوانات ونحو ذلك .

ب - ما لا نحوزه فعلا ولكن تتمكن من جازنه يعد مالا أيضا لان الحيازة الفعلية ليست بشرط لثبوت مالية الشيء وانما الشرط إمكان الحيازة فقط ما دام الشيء يمكن الانتفاع به ، وعلى هذا يعتبر مالا السمك في الماء والطير في الهواء والحيوان في الفلاة والمعدن في باطن الارض .

ج - مالا تتمكن من جازنه لا يعتبر مالا وان كنا نتنفع به فعلا مثل ضوء الشمس ونور القمر .

د - مالا يمكن الانتفاع به على وجه معتاد لا يسمى مالا وان حيز بالفعل كقطرة ماء أو حبة رز . والانتفاع المعتاد هو الانتفاع الذي جرت به عادة الناس ويلائم طبيعة الشيء ويحقق المنفعة التي خلق من أجلها ، فالرز مثلا منفعة أن يكون غذاء والحبة منه لا تحقق هذا الغرض وما جرى انتفاع الناس به على هذا النحو ، فلا تكون مالا .

هـ - ما منع الشارع الانتفاع به منعا عاما يسري في حق الناس جميعا ، لا يعتبر مالا وان حازه الانسان وانتفع به فعلا كأن استعمله في بعض حاجاته كالمنية حتف أنفها فلا يعد شيء من لحمها أو شحمها مالا . أما صوفها وشعرها ووبرها وجلدها ، فتعتبر من الاموال بعد تطهيرها ودبغها . وانما كان الحكم ما ذكرناه لان كون الشيء ينتفع به أو لا ينتفع به حكم شرعي فاذا أباح الشارع الانتفاع ثبتت مالته وصار مالا في نظر الشارع وما لم يسبح الانتفاع به لا يكون مالا . واذا كان الانتفاع بالشيء جائزا في حق البعض

(١) مذكرات في المعاملات الشرعية لاستاذنا علي الخفيف ص ٢

دون البعض الآخر صار هذا الشيء مالا ، ولهذا تعتبر الخمر مالا لا انتفاع  
الذين بها ونهي الشرع للمسلمين من التعرض لهم بشأنها وكذا الخنزير •  
٢٤١ - الحقوق والمنافع :

لا خلاف في أن الاشياء المادية التي يمكن احرازها والانتفاع بها  
تعتبر مالا على النحو الذي بيناه • ولكن هل تعتبر مالا الحقوق<sup>(١)</sup> مثل حق  
الشرب ( من حقوق الارتفاق ) وحق الحضانة ونحوها ؟ لا خلاف في أن  
الحقوق التي لا علاقة لها بالمال كالحضانة لا تعتبر مالا • أما الحقوق المتعلقة  
بالمال كحق الشرب وحق المرور ، فهي لا تعتبر مالا عند الحنفية ومن  
وافقهم ، وتعتبر مالا عند غيرهم<sup>(٢)</sup> • وكذلك المنافع كسكنى الدار ولبس  
الثياب واستعمال السيارة وركوب الدابة ونحو ذلك ، فهي أموال عند

(١) الحق في اللغة يطلق ويراد به الشبوت والوجود ومنه قوله  
تعالى : ( لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون ) ويطلق ويراد به الامر  
للاثبات الموجود ومنه قوله تعالى : ( ٠٠٠ قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقا ،  
فهل وجدتم ما وعدكم ربكم حقا ؟ قالوا نعم ) • وفي استعمال الفقهاء يراد  
بالحق : كل مصلحة مختصة بصاحبها باقرار الشارع واعترافه سواء أكانت  
تلك المصلحة تتحقق بها منفعة مادية أو أدبية وسواء أكانت تلك المنفعة  
متعلقة بالمال كحق الملكية وحق النفقة أم متصلة بالنفس كحق الحضانة أم  
متعلقة بالنظام وشؤون الجماعة كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، أم  
متعلقة بالمحافظة على الدين ونشره كالجهاد • فالحق في الشريعة لا يكون  
حقا الا اذا أقره الشارع وحكم بوجوده واعترف له بالحماية ، ولهذا فان  
مصادر الحقوق في الشريعة هو الشريعة نفسها ، ولا يوجد حق شرعي الا  
وله دليل يدل عليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس أو استحسان  
• الخ : المدخل للفقهاء الاسلاميين للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٤١١ وما  
بعدها ، والمدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ محمد مصطفى شلبي  
ص ١٦٥ •

(٢) الوجيز للغزالي ص ١٨٠ ، المغني ج ٥ ص ٥١٨ ، المدخل لدراسة  
الفقه الاسلامي للاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ١٦٥ - ١٦٦ • ويلاحظ  
هنا أن الحنفية يرون جريان الارث بحقوق الارتفاق وبيعها تبعا للارض  
ومعنى هذا انها تقوم بمال وان كانت في ذاتها ليست مالا : البدائع للكاساني  
ج ٦ ص ١٨٩ ، ١٩٠ • أحكام التركات والمواريث للاستاذنا أبو زهرة ص ٤٧  
وما بعدها •



لجمهور وليست مالا عند الحنفية<sup>(١)</sup> .

٢٤٢ - استدلل الحنفية على عدم مالية المنافع بأن المال ما يمكن احرازه  
بحيازته وادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع لا تقبل الحيازة والادخار لانها  
عراض لا تبقى زمانين ، بل تحدث آتيا بعد أن فلا يمكن احرازها وبالتالي  
لا تكون مالا ، فهي قبل أن تحدث معدومة والمعدوم ليس بمال ، وبعد  
حدوثها لا يمكن احرازها وما لا يمكن احرازه لا يسمى مالا . وهي وان  
تكن بذاتها مالا الا أنها تصير مالا بالعقد كالأجارة ، استحسانا ، لورود  
نص بذلك وجريان العرف به<sup>(٢)</sup> .

واحتج غير الحنفية بأن المال مخلوق لصالح الآدمي ، والمنافع كذلك ،  
بأن حيازة المنافع ممكنة بحيازة أصلها ومحلها ، وبأن الأعيان انما تصير مالا  
باعتبار الانتفاع بها . لان الانتفاع بها هو المقصود فما لا ينتفع به لا يكون مالا ،  
كيف تسلب المالية عن المنافع ولولاها لما صارت الأعيان أموالا<sup>(٣)</sup> . وأيضا  
ان الشارع أجاز أن تكون المنافع مهرا ، والمهر لا يكون الا مالا بدليل  
وله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير  
سافحين » فالمنافع اذن من الأموال . كما أن العقد يرد على المنافع وتصير  
ضمنونة به وهذا آية كونها مالا اذ لو لم تكن مالا في ذاتها لما صارت مالا  
لعقد لان العقود لا تقلب حقائق الأشياء ، بل تقرر خصائصها<sup>(٤)</sup> .

والراجع من الرأي قول الجمهور لقوة أدلتهم وموافقتهم لعرف الناس  
تعاملهم .

٢٤٣ - ويترتب على الخلاف بين الحنفية والجمهور ، ان منافع

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للاستاذ محمد سلام  
كور ص ٢٧٦ .

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للامام الزيلعي ج ٥ ص ٢٣٤ .

(٣) المرجع السالف الذكر .

(٤) كشف الاسرار شرح اصول البزدوي ج ١ ص ١٧١ - ١٧٢ .

المفصوب غير مضمونة عند الحنفية<sup>(١)</sup> ومضمونة عند غيرهم<sup>(٢)</sup> فلو غصب انسان دارا وسكنها شهرا لم يضمن شيئا عند الحنفية وعليه أجر المثل عند غيرهم . وكذلك قال الحنفية بانفساخ عقد الاجارة بموت المستأجر قبل انتهاء مدتها لان منافع المأجور ليست مالا فتورث ، ولان الوراثه خلافة عن الميت ولا تتصور الا فيما يبقى في حياة المورث والوارث معا حتى تتحقق الخلافة وليست المنافع هكذا ، فما كان موجودا منها في حياة المورث ( المستأجر ) لا تبقى لتورث وما يحدث منها بعده لم تكن مملوكة له فيخلفه فيها الوارث<sup>(٣)</sup> . وغير الحنفية قالوا ان عقد الاجارة لا يفسخ بموت المستأجر ، بل يحل الورثة حتى تنتهي مدة الاجارة<sup>(٤)</sup> .

٢٤٤ - تقسيمات المال :

يقسم المال الى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلفة ، فهو بالنظر الى حماية الشارع له : مال متقوم وغير متقوم . وبالنظر الى استقراره وعدم تحوله : عقار ومنقول . وبالنظر الى تماثل أجزائه وآحاده : مثلي وقيمي . وتكلم فيما يلي عن كل نوع من هذه التقسيمات ، والفائدة المترتبة على كل تقسيم .

٢٤٥ - المتقوم وغير المتقوم :

المال المتقوم هو ما صار في حيازة الانسان وجاز الانتفاع به شرعا في حالة السعة والاختيار . كالدور والسيارات والنقود والياب والكتب ونحوها . وعلى هذا فما ليس في حيازة الانسان لا يعد مالا متقوما كالطير في السماء والسماك في الماء . وكذلك ما كان في حيازة الانسان ولا يباح له الانتفاع به شرعا لا يعد مالا متقوما كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أما

(١) استثنى متأخرو الحنفية منافع الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال وقالوا بضمان منافعها .

(٢) كتاب الخلاف للشيخ أبي جعفر الطوسي ج ٢ ص ١٧٠ .

(٣) الزيلعي ، المرجع السالف ؛ ج ٥ ص ١٤٤ - ١٤٥ .

(٤) محمد مصطفى شبلبي ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ .

بالنسبة لغير المسلم فيعثر مالا متقوما لئنهنا عن التعرض له بشأنهما وهذا يدل على اقرار غير المسلم على الانتفاع بهما • والمقصود بحالة السعة والاختيار الاحوال العادية التي لا ضرورة فيها ولا اضطرار • فالخمر يجوز الانتفاع بها في حالة الضرورة كمن أشرف على الهلاك عطشا جاز له شرب الخمر ، وكذا يجوز عند الاضطرار أكل الميتة ، ومع هذا لا تعتبر الميتة والخمر من الاموال المتقومة لعدم جواز الانتفاع بها شرعا في الاحوال العادية •

والمال غير المتقوم هو ما لم يتوافر فيه الامران : الحيازة وجواز الانتفاع به في حال السعة والاختيار ، أو لم يتوافر فيه أحد الأمرين كالخمر • حق المسلم •

٢٤٠ - وينرتب على قسمة المال الى منقوم وغير متقوم ، ما يأتي :

أ - من أُلِف مال الغير وجب عليه الضمان • المثل ان دن مليا القيمة ان كان فيدا لان الشارع منحه حماية وحرمة • أما غير المتقوم فلا حماية له ولا حرمة وبالتالي لا تضمن منقله أي شيء • فاذا أُلِف انسان سكة في الماء أو حيوانا غير مملوك في الفلاء فلا ضمان على المتلف • وكذلك اذا أُلِف مسلم لمسلم خمرًا فلا ضمان على تلف لان الخمر غير متقومة في حق المسلم ، أما لو أُلِفها لذي فأن الضمان رتب على المتلف لان الخمر مال منقوم في حق الذمي وهذا عند الحفية للملكية ، ولا ضمان عليه عند الشافعية والحنابلة وغيرهم وحجتهم في عدم ضمان ان مالا يكون متقوما في حق المسلم لا يكون متقوما في حق الذمي<sup>(١)</sup> •

ب - المال المتقوم هو الذي تصح فيه التصرفات من بيع وهبة واجارة جوها • وغير المتقوم لا يصح فيه شيء من ذلك فلو باع مسلم خمرًا لم

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦ ، ١١٣ ، الام ص ١٣١ ، المغنى ص ٢٧١ •

يصح البيع ولكن لو باعها ذمي من ذمي صح البيع لتقوم الخمر في حقهما<sup>(١)</sup> .

#### ٢٤٧ - العقار والمنقول :

العقار هو ما لا يمكن نقله بحال من الاحوال وليس ذاك الا الارض .  
والمنقول ما يمكن نقله وتحويله من مكان الى مكان سواء تغيرت هيأته عند النقل أو لم تتغير . وعند المالكية المنقول ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته دون تغير ، فان تغيرت فهو عقار لا منقول وعلى هذا فالشجر والبناء يعتبران من العقار في المذهب المالكي<sup>(٢)</sup> .

٢٤٨ - وفائدة تقسيم المال الى عقار ومنقول تظهر في الاحكام التالية :

أ - الشفعة تجري في العقار دون المنقول الا على رأي بعض الفقهاء  
كما سيأتي بيانه فيما بعد .

ب - يجوز للوصي على الصغار أن يبيع ما يملكون من منقول حسب ما يراه من وجوه المصلحة ، وليس له أن يبيع عقارهم الا بمسوغ شرعي كيجه ايفاء الدين ، أو لزيادة نفقاته على غلاته وغير ذلك من المسوغات المذكورة في كتب الفقه .

ج - عند بيع أموال المدين وفاء لدينه يبدأ بالمنقول أولا فان لم يف ببيع عقاره .

#### ٢٤٩ - المثلي والقيمي :

المال المثلي هو ما لا تفاوت بين أجزائه أو آحاده أو مع تفاوت يسير

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤٣٦ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٣ . ويلاحظ هنا أن القانون المدني العراقي يعبر عما يراد بالأموال غير المنقولة في الفقه الاسلامي بالاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون : المادة ٦١ فقرة ٢ . ويترتب على هذا أن الخمر مال متقوم في القانون المدني ويصح التصرف فيه وهذا خلاف الحكم المقرر في الفقه الاسلامي .  
(٢) الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ١٦٣ .

يعتمد به مع وجود نظائره في الاسواق • وهذا النوع يقدر عادة بالوزن  
بالكيل أو بالعدد فمن الاول الذهب والفضة والتفاح ونحوها ومن الثاني  
زيوت والحبوب ، وقد شاع استعمال الوزن في الحبوب وأصبحت من  
لوزونات لا من المكيلات ، ومن الثالث - أي ما يقدر بالعدد - البيض  
البرتقال •

ومن الاموال المثلية في الوقت الحاضر جميع المصنوعات التي تنتجها  
آلات اذا اتحدت في المادة والصنع والصفة وقد تقدر بالمقياس كالتر والياردة  
الذراع مثل المنسوجات والاقمشة ، وقد تقدر بالعدد كالالوان والملاعق  
الكتب ونحوها •

المال القيمي : هو ما لا مثل له في الاسواق أو له نظير ولكن بتفاوت  
كبير لا يتسامح به عادة ، كالدور والحيوانات كالابل والغنم والاحجار  
لكريمة والكتب المخطوطة ونحوها •

٢٥٠ - ويترتب على هذه القسمة أمور منها :

أ - المثلي يثبت دينا في الذمة اذا ما عينت أوصافه بخلاف القيمي فانه  
! يثبت دينا في الذمة •

ب - الضمان في اتلاف المثلي يكون بمثله ، وفي القيمي يكون بقيمته •

## الفصل الثاني

### الملك أو الملكية

٢٥١ - تعريف الملك :

إذا حاز الانسان مالا وكان له الانتفاع به شرعا أصبح هو المالك والمال مملوكا له ، وظهرت بينهما علاقة اعتبارية يقرها الشارع ويرتب عليها آثارها ، وهذه العلاقة هي الملك أو الملكية ( نسبة الى المالك ) التي من آثارها تمكين المالك - دون غيره - من الانتفاع بالملوك والتصرف فيه بأنواع التصرفات . فالملك اذن اختصاص بالشيء يمكن صاحبه شرعا من الانفراد بالانتفاع به والتصرف فيه عند عدم المانع الشرعي<sup>(١)</sup> .

فإذا ثبت هذا الاختصاص لشخص بشيء ، وكان له شرعا بناء على هذا الاختصاص أن يستبد بالانتفاع به أو التصرف فيه ، ثبت له الملك على ذلك الشيء . وعلى هذا فقيم المجنون أو المعتوه ووصي السفیه أو الصغير لا يعد واحد منهما مالكا لما يتصرف فيه من أموال من هو تحت ولايته لانه لا يستقل بالتصرف وانما يتصرف في أموال من هو تحت ولايته بناء على صفته من كونه قيدا أو وصيا ، بينما يعتبر كل من المجنون ونحوه مالكا لانه يستقل بالتصرف لولا مانع الجنون ونحوه ولهذا اذا زال المانع عاد الممنوع .

٢٥٢ - الملك والمال :

قلنا ان الملك اختصاص بالشيء يمكن صاحبه بحكم الشرع من الانفراد بالانتفاع بالشيء والتصرف فيه الا لمانع شرعي . ولكن الملك قد يطلق على الشيء المملوك ، فيكون بهذا الاعتبار أعم من المال عند الحنفية ، لان الملك ،

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ علي الخفيف ص ٨ .  
وقد عرف الامام القرافي الملك بأنه : حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف اليه من انتفاعه بالملوك وأخذ العوض عنه من حيث هو كذلك : الفروق ج ٣ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

بمعنى المملوك ، يشمل الاموال والمنافع اذ كل منهما مملوكة ، ولكن المنافع ليست مالا عند الخفية وان كانت مملوكة وترد عليها تصرفات كثيرة كالاجارة والوصية •

٢٥٣ - ما يقبل الملك من الاموال وما لا يقبله :

الاصل في الاموال انها بطبيعتها تقبل الملك ، الا انه قد يعرض لها من الموارض ما يجعلها غير قابلة للتملك ، كالاموال التي يتعلق بها حق الناس جميعا ، وهي المخصصة للمنافع العامة كالطرق العامة والانهار العظيمة كدجلة والفرات ، والجسور ونحو ذلك ، كل هذه الاموال ، وهي بهذه الصفة ، لا تقبل التملك فلا يمكن أن يرد عليها ملك فردي لمنفعة ذلك لما خصصت له • ولكن اذا زالت صفتها هذه - أي تخصيصها للنفع العام - أمكن عند ذلك تملكها ملكية فردية ، كما لو استغني عن الطريق العام بإنشاء طريق غيره ، فان الطريق الاول المهجور يقبل عند ذاك التملك •

وكذلك الاموال الموقوفة ، لا تقبل التملك ولكن اذا ظهر سبب شرعي يسوغ بيعها كما لو قررت الجهة المختصة استبدال الوقف بغيره ، جاز بيع الوقف وتملكه من قبل الافراد • ومثل الوقف ، في عدم جواز بيعه الا بمسوغ شرعي ، أموال الدولة كالارض الاميرية فهي لا تصلح للتملك الا اذا وجد سبب يبيح بيعها كما لو رأت الدولة بيع ذلك لمصلحة مشروعة • وفيما عدا ما ذكرناه من أموال ، يصح تملكه وتملكه •

٢٥٤ - أنواع الملك :

الملك نوعان : ملك تام ، وملك ناقص •  
فالتمام ما يرد على ذات الشيء ومنفعته معا • والناقص ما يرد على أحدهما فقط أي ملك ذات الشيء - رقبته - فقط أو ملك منفعته فقط • فمن يملك أرضا رقبة ومنفعة فان له أن يستعملها بنفسه فيزرعها أو يبني عليها ، أو

يستغلها بإيجارها للغير أو يتصرف فيها بالبيع أو الرهن ونحو ذلك لأن ملكيته ملكية تامة تسوغ له هذه التصرفات • ومن يملك رقبة الأرض فقط فليس له أن يستغلها أو ينتفع بها ما دامت ملكيته لمنفعتها لم ترجع إليه بعد • ومن يملك منفعة الأرض فقط ليس له أن يتصرف في رقبة الأرض ولكن له أن يستوفي هذه المنفعة بنفسه بواسطة غيره ، كما سنبين ذلك فيما بعد وتكلم فيما يلي عن الملك الناقص في مبحث أول ثم نتكلم عن الملك التام في مبحث ثان •

## المبحث الأول

### الملك الناقص

٢٥٥ - تمهيد :

الملك الناقص - كما قلنا - اما ملك العين فقط ( أي رقبته ) واما ملك منفعتها فقط • وملك المنفعة ، وقد يسمى أيضا بحق الانتفاع ، ينقسم الى قسمين : حق انتفاع شخصي ، وحق انتفاع عيني • فحق الانتفاع الشخصي يتعلق بشخص المتفع فيكون له فقط وقد ينتقل الى غيره في بعض الحالات كما سنذكره فيما بعد • وحق الانتفاع العيني ، ويسمى بحق الارتفاق ، يتعلق بعين العقار المقرر عليه هذا الحق ويتبع العقار المقرر له اني ذهب ، فهو لا يثبت لشخص معين ، بل يتبع العقار المقرر له هذا الحق ويتبعه اني ذهب ويثبت لمن يملك هذا العقار • وعلى هذا يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع : (الاول) ملك العين فقط • (الثاني) ملك منفعة فقط يكون معه حق الانتفاع شخصيا • (الثالث) ملك منفعة يكون معه حق الانتفاع عينيا وهو حق الارتفاق<sup>(١)</sup> • وتكلم فيما يلي عن كل نوع في مطلب على وحدة •

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٩



## المطلب الأول

### ملك العين فقط

٢٥٦ - ويكون هذا النوع من الملك فيما اذا كانت العين وحدها - أي رقبته فقط - مملوكة لشخص مدة حياته أو لمدة معينة ثم مات الموصي وقبل الموصي له الوصية ، فان ملكية العين تؤول الى الورثة ومنافعها الى الموصي له طيلة المدة المعينة في الوصية ويلزم الورثة تسليم العين الى الموصي له للانتفاع بها واذا أبوا أجبروا على التسليم ، واذا ما انتهت المدة المقرر وجب على الموصي له رد العين الى ورثة الموصي ، واذا مات الموصي له قبل انتهاء المدة وجب على ورثته ردها الى ورثة الموصي لان المنافع لا تورث عند الحنفية •

ويلاحظ هنا أن ملكية العين فقط هي ملكية دائمة وتنتهي دائما الى ملكية تامة ، أما ملكية المنافع فقط فانها تكون مؤقتة دائما وناقصة دائما • وكذلك لو أوصى شخص بركة العين المملوكة له الى شخص ومنافعها الى شخص آخر وقبل الاثنان الوصية بعد موت الموصي ، فان ملك كل منهما ناقص فاذا انتهت مدة الانتفاع بالعين سلمت الى الموصي له بربقتها وعادت ملكيته تامة •

### ٢٥٧ - خصائص هذا النوع من الملك :

ان مالك العين ليس له أن ينتفع بها مدة تعلق حق المنتفع بها ، كما أنه ليس أن يتصرف فيها تصرفا مضرا بمالك المنتفع • واذا مات مالك العين تورث عنه ، واذا أتلفها ضمن قيمة المنفعة لملكها •

## المطلب الثاني

### ملك المنفعة او حق الانتفاع الشخصي

٢٥٨ - وهذا الحق يتعلق ابتداء بشخص المنتفع فله أن يستوفي

المنفعة بنفسه ولكن قد يكون له أيضا أن يملكها لغيره كما لو أوصى لآخر بمنافع داره يتنفع بها كيف يشاء ، فإن للموصى له في هذه الحالة أن يسكنها بنفسه كما له أن يعيرها أو يؤجرها لغيره . وقد لا يكون للمتفع أن يملك المنفعة لغيره ، بل له أن يتنفع بها بنفسه فقط كما لو وقف شخص داره على آخر ليسكنها بنفسه فقط ثم من بعده الى الفقراء ، أو يقف شخص داره ليسكنها طلبة العلم فقط فلا يكون لواحد منهم أن يعيرها أو يؤجرها . وفي هاتين الحالتين يكون للمتفع ملك المنفعة أو حق الانتفاع ، فلا فرق بين التسميتين عند الحنفية . ويرى فريق آخر من الفقهاء ، ومنهم المالكية ، قصر اسم ملك المنفعة على الحالة الاولى أي فيما اذا كان للمتفع تملك المنفعة لغيره ، وقصر اسم حق الانتفاع على الحالة الثانية أي في ما اذا امتنع على المتفع تملك المنفعة الى غيره . فحق الانتفاع ، عند هؤلاء الفقهاء ، من قبيل الاباحة لا من قبيل ملك المنفعة خلافا للحنفية<sup>(١)</sup> .

#### ٢٥٩ - الفرق بين الملك والاباحة :

وعلى ذكر الاباحة لا بد من بيان الفرق بينها وبين الملك . فالملك اختصاص بالشئ يكسب صاحبه حق التصرف في هذا الشئ المملوك ما لم يوجد مانع شرعي . فاذا كان الملك منصبا على المنفعة أبيع للمالك أن يستوفي المنفعة بنفسه وان يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض كالمستأجر لان المنفعة ملكه فله أن يتصرف فيها كما يشاء ، الا اذا كان مالك المنفعة ممنوعا من تملكها لغيره كما في الوصية بالسكن فقط دون الاسكان .

أما الاباحة فهي حق يثبت للانسان بسبب الاذن له بالانتفاع . وقد يكون هذا الاذن من مالك الشئ كما لو اذن المالك لشخص بالركوب معه في سيارته أو بالمبيت في بيته أو بقراءة كتابه . وقد يكون الاذن عاما للجميع فيما هو مخصص للمنافع العامة كالطرق العامة والانهار العظام والجسور ونحو ذلك . وقد يكون الاذن بحكم الشرع كما في قوله عليه الصلاة

(١) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٨٧ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ص ١٠ .

والسلام : « الناس شركاء في ثلاثة : في الماء والكلا والنار » أي شركاء شركة إباحة لا شركة ملك في الماء غير المملوك لاحد ، وبالكلا قبل أن يحرز ويحاز ، وبضوء النار الموقدة . فما دام الأذن قائما فالإباحة قائمة ، فإذا زال الأذن زالت الإباحة وتلاشى الحق في الانتفاع . هذا وإن من أبيع له الانتفاع فليس له أن ينتفع الا بنفسه وفق الأذن الصادر بالإباحة ، فمن أبيع له الركوب بالسيارة ليس له أن يحملها الاثقال ولا أن يركب غيره فيها . ومن أبيع له المبيت في منزل ليس له أن ينسب عنه أحدا غيره ، ومن دعي الى وليعة ليس له أن يحوز طعاما منها ويأخذه الى بيته . . . . وهكذا . ومن هذا يتبين لنا أن إباحة الانتفاع بالشيء لا تفيد ملكية المنفعة وإنما تفيد الحق لمن أبيع له الانتفاع في أن ينتفع بنفسه فالإباحة رخصة في تحصيل المنفعة وليست هي ملك المنفعة<sup>(١)</sup> .

٢٦٠ - أسباب ملك المنفعة :

وملك المنفعة يستفاد بأحد الأسباب الآتية<sup>(٢)</sup> :

أولا : الاجارة : وهي تملك المنفعة بعوض ، فالمستأجر يملك بها منفعة المأجور وله أن يستفيدا بنفسه على الوجه المنصوص عليه في عقد الاجارة كما له ان يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض ما دامت المنفعة لا تختلف باختلاف المتفعين .

ثانيا : بالاعارة : وهي تبرع بالمنفعة بدون عوض ، وتفيد تملك المنفعة للمستعير على رأي جمهور الاحناف خلافا لمن رأى انه إباحة . فعلى الرأي الاول يجوز للمستعير أن يملكها لغيره بطريق الاعارة فقط<sup>(٣)</sup> ما لم يمنع من ذلك مانع كما لو شرط عليه المير أن لا يعيرها لاحد أو كانت المنفعة تختلف باختلاف المتفعين .

(١) الاستاذ الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١١ .

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ -

١٨٠ ، والاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ص ١١ - ١٢ .

(٣) عند المالكية يجوز للمستعير ان يملك المنفعة لغيره بعوض أو

بغير عوض : الفروق للقرافي ج ١ ص ١٣٩ .

ثالثا : بالوقف<sup>(١)</sup> والوصية<sup>(٢)</sup> وكلاهما يفيد ملك المنفعة ، وللموقوف عليه أو الموصى له أن يستوفي المنفعة بنفسه وأن يملكها لغيره ، كما لو وقف شخص داره على فلان ومن بعده على المساجد ، أو أوصى له بمنفعته وجعل لكل منهما أن ينتفع بالدار على الوجه الذي يريده فلكل منهما أن يسكن الدار ان شاء أو يؤجرها أو يعيرها •

#### ٢٦١ - احكام هذا النوع من الملك :

يختص ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي بجملة أحكام منها :  
أولا : قبوله التقييد ، فلا يكون هذا النوع من الملك مطلقا ، بل يقيد ابتداء بالزمان والمكان والصفة ، فيجوز مثلا لمعير السيارة أن يقيد المستعير بالاتفاق بها مدة اسبوع فقط أو أن يستعملها للركوب فقط دون نقل الاثقال والاثاث ، أو أن يستعملها في بغداد فقط أو أن يستعملها نهارا لا ليلا • وللموصي بمنفعة أرضه لشخص أن يقيد الموصى له بزراعتها قمحا فقط أو بعدم تملك منفعتها لغيره وهكذا •

وهذا خلاف الملك التام فإنه لا يقبل التقييد ولا يتقيد بشيء مما ذكرناه كما سيأتي فيما بعد •

ثانيا : عدم جريان الارث في هذا النوع من الملك ، فلا ينتقل ملك المنفعة أو حق الانتفاع الى الغير عن طريق الارث وهذا عند الحنفية<sup>(٣)</sup> لان الارث يجري فيما كان يملكه المورث ويبقى بعد وفاته وليست المنافع كذلك فهي تحدث آنا بعد آنا وما كان مملوكا منها في حياته يفنى بعد وفاته وما وجد منها بعد وفاته لم يكن مملوكا في حياته فلا يتصور فيه الميراث • واستثنى الحنفية من ذلك حقوق المرور والشرب والمسيل والتعليق فانها تورث عندهم كما سيأتي فيما بعد • أما عند غير الحنفية فان الارث يجري في ملك المنفعة ،

(١) الوقف هو حبس العين عن تملكها لاحد من العباد والتصدق بالمنفعة ابتداء أو انتهاء فقط : الوقف للابيانى ص ٣ - ٤ •

(٢) الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت •

(٣) الكاساني ج ٣ ص ٣٥٣ - ٣٢٦ •

لان المنافع أموال عندهم نهى أموال مملوكة للمورث فتورث عنه<sup>(١)</sup> .  
ثالثا : يجب تسليم العين الى مالك المنفعة ليستوفىها على الوجه الجائز  
له وعليه أن يحافظ عليها المحافظة المطلوبة دون اهمال أو تقصير فاذا هلك  
في يده أو تعيت دون تعد أو اهمال أو تقصير لم يضمن شيئا لانه أمين ، أما  
إذا كان الهالك أو العيب بتعد منه أو تقصير فعليه الضمان .

رابعا : على مالك المنفعة نفقات العين التي ينتفع بها اذا كان انتفاعه بها  
بالمجان كما في الوصية والعارية ، أما اذا كان انتفاعه بمعرض فان نفقة العين  
تكون على مالكةا ، فنفقة الدابة وتكاليف السيارة تكون على مالكةا لا على  
مستأجرهما وعلى المستعير لا على المالك في حالة الاعارة .

خامسا : رد العين الى مالكةا بعد انتهاء حق الانتفاع اذا طلبها منه  
الا اذا ترتب على الرد ضرر بالمتنفع فعند ذلك تبقى عند المتنفع بأجر المثل  
الى زوال الضرر ، فمن استأجر أرضا للزراعة وانتهى الاجل والزرع لم  
يحن وقت حصاده ، تبقى الارض عند المستأجر بأجر المثل حتى يحصد  
الزرع .

#### ٢٦٢ - انتهاء حق الانتفاع الشخصي :

ينتهي هذا النوع من الملك - ملك المنفعة الشخصية - بأحد الامور  
التالية :

أولا : بوفاة المتنفع ، وهذا عند الاحناف ، وعند غيرهم يحل محله  
ورثته حتى تنتهي مدة الانتفاع .

ثانيا : وفاة مالك العين ، اذا كان ملك المنفعة بطريق الاجارة او الاعارة  
أما في الوصية فلا يبدأ ملك المنفعة الا بعد موت الموصي وقبول الموصى له  
الوصية أو عدم رده لها . وفي الوقف لا أثر لموت الواقف على ملك الموقوف

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٥٠٣ ، ٥٢١ بلغه السالك الى مذهب  
مالك ج ٣ ص ٥١٢ نهاية المحتاج ج ٤ ص ٩٧ وقد أخذ برأي الحنفية قانون  
الوصية المصري فقد جاء في مادته التاسعة والخمسين : ( تسقط الوصبة  
بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ) .

عليه المنفعة •

ثالثا : انتهاء مدة الانتفاع ، سواء كان سبب حق الانتفاع اجارة أو اعارة أو وصية أو وقف ، كما لو أوصى شخص لآخر بسكنى داره ثلاث سنوات ثم انتهت المدة فليس له الاستمرار في سكنها •

رابعا : اذا هلكت العين المنتفع بها أو تعيت بغيب يتعذر معه الانتفاع بها ، كما لو تهدمت الدار المستأجرة • وفي الوصية اذا هلك الموصى به بلا تمد أو تقصير من الغير انتهى حق الانتفاع • أما اذا كان الهلاك بتمد أو تقصير فان حق الانتفاع لا ينتهي ، بل يكلف المعتدي بقيمتها ثم يشتري بها عين أخرى تحل محل العين الهالكة لينتفع بها الموصى له المدة الباقية<sup>(١)</sup> •

## المطلب الثالث

### حق الانتفاع العيني

٢٦٣ - تمهيد :

وهذا هو النوع الثاني من ملك المنفعة • وهو في أكثر صورته حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر دون نظر الى مالكه • ومنه حق المرور من أرض معينة للوصول الى أرض أخرى • وحق المسيل وهو صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بارساله في مجرى سطحي ونحوه حتى يصل الى مقره من مصرف عام أو مستودع وان كان المجرى يمر في أرض أخرى وسيأتي تفصيل هذه الحقوق •

وتسمية هذه الحقوق بحقوق الارتفاق تسمية حادثة أطلقها صاحب مرشد الحيران المرحوم قدري باشا • وعرف حق الارتفاق بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الاول • وهذا التعريف لا يصدق على حق الجوار ولا على حق التعلي ولا على حق الشفعة كما سيتضح فيما بعد وان كنا سنذكر هذه الحقوق أيضا مع الحقوق التي يصدق عليها تعريف حق الارتفاق ، لان الفقهاء يتكلمون عن هذه الحقوق جميعا

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٤

باعتبار انها من أنواع حق الانتفاع العيني<sup>(١)</sup> .

#### ٢٦٤ - أولا - حق الشرب :

حق الشرب حق من حقوق الارتفاق كحق المرور والمسيل التي سنذكرها تباعا . والشرب بالكسر ) لغة النصيب من الماء وفي اصطلاح الفقهاء النصيب المستحق من الماء أو نوبة الانتفاع بالماء لسقي الشجر والزرع . ويلحق به ما يسمى بحق الشرب ( بضم الشين ) أو بحق الشفة ، ويعني حق شرب الانسان والدواب من الماء وللاستغلال المنزلي على وجه العموم باعتبار انه يشمل سقي ما يكون في أفنية الدور من أشجار وزروع . فحق الشرب اذن يشمل النوعين : سقي الزروع والاشجار ، وشرب الانسان والحيوان ولهذا عرفه الامام الكاساني بأنه - أي حق الشرب - هو حق الشرب والسقي<sup>(٢)</sup> . والمياه بالنسبة لهذا الحق تنقسم الى ثلاثة اقسام<sup>(٣)</sup> .  
أ - مياه المجاري العامة التي لا ملك لاحد عليها كالانهار العظام مثل دجلة والفرات ويلحق بهما الانهار والترع التي تشقها الدولة وتنشئها للنفع العام كترعة الاسماعيلية بمصر أو جدول الوردار وكذا الغراف في العراق .  
فهذا النوع من المياه يثبت فيه للجميع حق الشرب بنوعيه فلمهم أن يأخذوا منه حاجتهم لشربهم وشرب حيواناتهم واستعمالهم المنزلي كما لهم سقي زروعهم واشجارهم بواسطة نصب المضخات أو شق الجداول الموصلة به واجراء الماء فيها . ولا يقيد حق الناس في هذه المياه سوى قيد واحد هو عدم الاضرار بالآخرين فلا يجوز مثلا نصب ماكينة على جدول تسحب أكثر مائه ، فإن فعل أحد هذا كان لغيره منه ، لان الناس شركاء في الماء شركة اباحة كما جاء في الحديث الشريف . والمراد بالماء الذي تجري الشركة

(١) تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للاستاذ محمد سلام  
مذكور ص ٢٩٧ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ١٨٨ . والاستاذ علي الخفيف  
المصدر السابق ، ص ١٥ .

(٣) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ - ٢٩٩

فيه ، الماء غير المحرز كما في هذا النوع •  
 ب - ماء المجاري والترع والعيون والآبار التي انشأها صاحب الارض  
 في أرضه • وفي هذا النوع يكون مكان الماء ، أي رقبة المجرى أو الترعة أو  
 البئر ، مملوكة لصاحب الارض ، أما الماء فهو مباح اباحة خاصة يثبت بها  
 حق الشفة للجميع دون حق الشرب الذي هو سقي أراضيهم ومزارعهم •  
 والسبب في ثبوت الشفة دون حق الشرب هو أن في الناس حاجة دائمة  
 الى ماء يشربون منه هم ودوابهم ويستعملونه في حوائجهم البيتية فلا يصح  
 أن يحال بينهم وبينه ، لا سيما وان هذا النوع لا يعد محرزا عادة في مجراه ،  
 ولهذا اذا منعه صاحب المجرى عمن يريد شربه وشرب دوابه فللمنع  
 أن يأخذه ولو بالقوة لانه محتاج اليه وله حق فيه ومنعه باغ ظالم يمنع ما  
 ليس له منه<sup>(١)</sup> • أما سقي زروعهم وأرضهم منه فلا حق لهم فيه لان في ذلك  
 ضررا بليغا على صاحب الجدول أو البئر قد يترتب عليه أن لا يجد ما يسقي  
 هو به زرعه • ولكن لو باع صاحب المجرى جزء من أرضه مع حق شربها  
 من هذا المجرى ثبت للارض المبيعة حق شرب على هذا المجرى المملوك  
 للبائع دون أن يكون للمشتري ملك في رقبة المجرى •

ج - الماء المحرز في الاواني والانابيب والصهاريج والحياض ونحوها •  
 هذا النوع من الماء ملك لمن أحزره ، شأنه شأن كل مباح يملك  
 بالاستيلاء عليه واحرازه • ولهذا لا يثبت على هذا النوع من الماء حق شرب  
 ولا حق شفة الا اذا كان في الانسان حاجة الى الماء لدفع غائلة العطش عنه  
 فله أن يأخذ كفايته ولو بالقوة والجبر على أن يضمن لصاحب الماء قيمته  
 وهذا كله اذا كان الماء عند محزره قائضا عن حاجته ومنعه عمن يحتاجه •  
 أما اذا لم يكن زائدا عن حاجته فليس لاحد أخذه منه بالقوة والاكراه لانه  
 لا يجوز للانسان أن يدفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره •

(١) ويذكر في هذا الباب أثر عن عمر بن الخطاب خلاصته انه أباح  
 لمن منعهم سقي دوابهم من بئر لهم أن يدافعوا أصحاب البئر ويأخذوا  
 حاجتهم من الماء ولو بالقوة : انظر الخراج لابي يوسف ص ٥٥ ، والبداية  
 ج ٦ ص ١٨٩ •



#### ٢٦٥ - ثانيا - حق المجرى :

وهذا الحق تابع لحق الشرب ومعناه : حق اجراء الماء في ارض الغير لايصاله الى الارض المراد سقيها • فهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر باجراء الماء في الاول لسقي العقار الثاني البعيد عن المجرى العام • وقد يكون المجرى ملكا لصاحب الارض التي يخترقها وقد يكون ملكا لصاحب الارض الذي ينتفع به وقد يكون مشتركا بين الاثنين •

ومن أحكام هذا الحق أنه لا يجوز لمن يمر هذا المجرى في أرضه أن يمنع صاحب حق المجرى من امرار الماء فيه واصلاحه وتعميقه وتعمده بين الحين والحين • كما ان على صاحب المجرى أن يمنع أي ضرر عن الارض التي يمر فيها ، ولهذا عليه أن يقوي جوانب المجرى حتى لا ينز ماؤه أو يطفح • كما عليه تعميق أرض المجرى أو تقليل جريان الماء اذا كان هذا ضروريا لدفع الضرر عن الارض التي يمر فيها المجرى •

#### ٢٦٦ - ثالثا : حق المسيل :

معناه حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح بارساله في مجرى على سطح الارض أو في أنابيب حتى يصل الى مستودعه ومستقره • وقد يكون مصدر هذا الماء أرضا زراعية أو دارا أو مقهى أو مصنعا أو أي عقار آخر • كما أن هذا المجرى ، الذي تصرف فيه هذه المياه ، قد يكون ملكا للمتفع به وقد يكون مملوكا للذي يمر المسيل في أرضه •

ويبقى هذا الحق ثابتا للعقار المتفع به ( أي العقار المخدوم ) وان غيره صاحبه كأن كان العقار دارا فجعلها بستانا أو مصنعا أو كان أرضا زراعية فجعلها دورا • وليس لمن يمر المسيل في أرضه أن يمانع في ذلك أو يعارضه اللهم الا اذا كان فيه ضرر بليغ لا يمكن تلافيه فله منه • وأخيرا فان نفقات اصلاح المجرى ، الذي تمر فيه هذه المياه ، على المتفع به دون غيره كما هو الحكم في حق المجرى لان الغرم بالغنم •

فحق المسيل يختلف عن حق المجرى ، فالاول يعني حق تصريف الماء الزائد أو غير الصالح أما الثاني فيعني جلب الماء الصالح وامراره بأرض

الغير لسقي أرض صاحب الحق •

٢٦٧ - رابعا - حق المرور :

ويقصد به حق الانسان في أن يصل الى ملكه بالمرور في طريق عام أو طريق خاص •

أما المرور في الطريق العام فتأبى لجميع الناس دون قيد سوى قيد عدم الاضرار بالغير • ويثبت لهم هذا الحق سواء أكانت عقاراتهم واقعة على هذا الطريق أم لا • ولئن كان عقاره واقعا على الطريق العام حق اخر زيادة على حق المرور وهو حق الارتفاق به أي الانتفاع به بفتح الابواب والنوافذ عليه • ولا يجوز لاحد أن يتنفع بالطريق على نحو فيه ضرر على الناس وتحويل سيرهم وتضييق لسعة الطريق كانشاء بناء أو إقامة حاجز أو دكة أو شرفة واطئة ونحو ذلك • أما اذا لم يكن في الاحداث ضرر ولا أذى ولا تعويق للمرور فيه ، فانه يجوز ولكن بشرط اذن ولي الامر على رأي الامام أبي حنيفة خلافا لمن لم يشترط اذن ولي الامر<sup>(١)</sup> •

أما المرور في الطريق الخاص ، فهذا الحق اما أن يثبت لشخص واحد أو أكثر وقد يكون الطريق الخاص مملوكا لصاحب حق المرور فيه ولكن يقع في ملك غيره ، وقد يكون ملكا لصاحب الارض التي يخترقها • ويثبت لاصحاب الطريق الخاص الحق في فتح الابواب والنوافذ عليه على الوجه الذي جرت به العادة وتعارفه الناس ، ولا يجوز على غير هذا الوجه الا باذن الآخرين من اصحاب الحق فيه لانه كالمال المشترك بينهم • وهذا الطريق وان كان خاصا بأصحابه الا انه ليس لهم سده أو انشاء باب على منفذه وغلق هذه الباب • كما ليس لهم ازالة هذا الطريق لان حق العامة تعلق به منذ انشائه وهو حق التجائهم اليه ودخولهم فيه عند الازدحام في الطريق العام • الا انه اذا كان عند انشائه معزولا عن الطريق العام باقامة باب على منفذه فانه في هذه الحالة لا تعلق لحق العامة به وبالتالي يجوز

(١) شرح الكنز للزيلعي ج ٦ ص ١٤٢ وفتح القدير ج ٥ ص ٥٠٥

لصاحبه التصرف فيه بازائه اذا شاؤا •

#### ٢٦٨ - حق التعلي :

وهو أن يكون لشخص الحق في أن يعلو بناؤه بناء غيره بأن يقيمه عليه فعلا كما في دار مكونة من طبقة سفلى وأخرى عليا ، وكل طبقة مملوكة لشخص ، أي يكون السفلى للمالك والعلو للمالك آخر ، فهذا يكون لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفلى والارتفاع بسقفه من غير أن يكون مالكا له لانه مملوك لصاحب السفلى • وهذا الحق يبقى قائما وان انهدم البناء الاسفل أو الاعلى ولصاحب العلو ولوارثه من بعده الحق في بنائه واحداه من جديد حين يريد •

وحق التعلي لا يباع استقلالا عند الحنفية لانه ليس بمال وانما يباع ضمن علو بناؤه قائم فعلا • ويجوز بيعه مستقلا عند غير الحنفية كالمالكية والحنابلة ، بل وحتى اذا لم يكن هناك بناء لا أعلى ولا أسفل<sup>(١)</sup> •

ولما كان حق كل من صاحب العلو والسفلى متعلقا بملك الآخر فليس لواحد منهما أن يتصرف في ملكه تصرفا مضرا بصاحبه • فليس للمالك السفلى مثلا أن يهدمه أو يفتح فيه فتحات تسبب له الوهن والضعف وتعرضه للانهدام ، كما ليس للمالك العلو أن يبني عليه طبقة أو أكثر بحيث يضر بناؤها بالسفلى •

واذا هدم مالك السفلى بناءه أجبر على اعادته • أما اذا انهدم لونه وضعفه فان مالكة لا يجبر على اعادته ، ولكن للمالك العلو أن يتفق معه بصورة ودية على إعادة البناء أو يراجع المحكمة لاختذ الاذن منها على إعادة البناء على حساب صاحبه ليرجع بما أنفق عليه • واذا انهدم العلو أو هدمه مالكة فانه لا يجبر على اعادته اذ لا ضرر على صاحب السفلى من ذلك •

#### ٢٦٩ - حق الجوار :

نريد بالجوار هنا ، الجوار الجانبي<sup>(٢)</sup> وهو ينشأ من الملاصقة

(١) الاستاذ محمد مذكور ، المرجع السابق ، ص ٣٠٣-٣٠٤

(٢) التعلي نوع من أنواع الجوار اذ هو جوار علوي •

بالجدران ويترتب عليه الحق لكل جار على جاره أن لا يفعل في ملكه ما يضر بملك جاره ضرراً بيناً فاحشاً لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » . والحقيقة ان للجار حقوقاً مؤكدة على جاره جاءت بها نصوص الشريعة الكثيرة منها أن النبي (ص) قال : « مازال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » . وعلى هذا فلا يجوز للجار أن يفعل في ملكه ما فيه ضرر فاحش على ملك جاره ، كأن يقيم في داره مصنعا أو طاحونة توهم البناء ، أو يفتح شبابيك على ساحة جواره تنكشف بها عورات الجار ، أو يقيم جداراً عالياً يمنع الضوء عن جاره ، أو يحفر بئراً بجوار جدار جاره . فإذا فعل شيئاً مما ذكرنا منع منه وأجبر على تركه وإذا ترتب على فعله ضرر ضمنه وهذا على رأي مالك ومتأخري الحنفية بخلاف متقدميهم إذ ما كانوا يقيدون الجار في التصرف بملكه بقيود الزامية قضائية وإنما تركوا له الحرية في التصرف بملكه كما هو مقتضى الملكية التامة اعتماداً منهم على يقظة ضميره ووازعه الديني والتزاماً بوصايا الشريعة بالجار . إلا أنه لما ضعف هذا الوازع وقلت المبالاة بحقوق الجار آفتى متأخروا الحنفية بلزوم تقييد تصرف الجار بملكه بما لا يسبب عراً فاحشاً بالجار بحيث إذا أخل بهذا الالتزام أجبر عليه قضاء<sup>(١)</sup> .

#### ٢٧٠ - أسباب ثبوت ملكية حقوق الارتفاق :

ذكرنا فيما تقدم أنواع حقوق الارتفاق وبيننا المقصود بكل حق ونذكر الآن أسباب هذه الحقوق وملكية الشخص لها ، وهذه الأسباب هي :

##### ١ - الشركة العامة :

ونعني بهذا السبب اشتراك الجميع بمنافع العقارات المخصصة للنفع العام كالطرق العامة والأنهار الكبيرة ومصارف المياه العامة . فهذه العقارات ونحوها يترتب عليها حقوق ارتفاق لجميع العقارات المتصلة بها . فالدار الواقعة على الطريق العام لها حق ارتفاق عليه هو حق المرور فيه اليها ،

(١) جاء في المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي : لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً . . الخ .

والارض الزراعية الواقعة على نهر عام لها حق ارتفاق عليه هو حق الشرب  
واجراء الماء لسقي زرعها وشجرها • والارض المتصلة بمصرف عام للمياه  
لها عليه حق ارتفاق هو حق المسيل وهكذا • فسيب هذه الحقوق هو  
الشركة العامة بين الناس في منافع هذه العقارات المخصصة للنفع العام •  
ب - اشتراطها في عقد معاوضة :

والسبب الثاني لنشوء حقوق الارتفاق هو اشتراطها في عقد معاوضة  
كما لو باع شخص قطعة أرض له لآخر واشترط عليه أن يكون عليها حق  
مرور أو حق مجرى أو حق مسيل لقطعة أرض أخرى مملوكة له • فإذا  
تم العقد بهذا الشرط ثبت حق الارتفاق المشروط للارض المشروط لها  
هذا الحق على الارض المبيعة •  
ج - التقادم :

فإذا كان لعقار حق ارتفاق على عقار آخر منذ زمن قديم دون معارضة  
من أحد ودون أن يعرف سبب نشوء هذا الحق فإن الظاهر يشهد بأن الحق  
نشأ عن سبب صحيح وإن كان مجهولاً لنا وبالتالي نحكم ببقاءه رعاية لقدمه •  
لأن القدم وإن كان بمجرد لا ينشئ حقاً إلا أنه اماره على ثبوت الحق  
ونشؤه عن سبب صحيح معتبر • ولهذا إذا عرف سبب نشوء الحق فإن  
بقائه مرهون بصحة السبب فإن كان صحيحاً بقي الحق وإن كان باطلاً  
سقط الحق •

#### ٢٧١ - الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

وبعد أن ذكرنا أنواع حقوق الارتفاق وأسباب نشوئها يمكننا بسهولة  
أن نتعرف على أوجه الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي •  
وأهم هذه الفروق ما يأتي :

أولاً : حق الارتفاق يقرّر لعقار أي يثبت لمصلحة عقار يسمى  
( المرتفق ) أو العقار المخدم • أما حق الانتفاع الشخصي فإنه مقرر لشخص  
أي يثبت لمصلحة شخص وينتفع به على هذا الاساس • وعليه فالارض التي

لها حق مرور على أخرى ينتفع بهذا الحق كل من يريد الوصول إليها على أنه حق ارتفاق لها ولا ينحصر الانتفاع به على شخص معين ، وكذلك حق المسيل وحق الشرب ينتفع بهما على انهما من حقوق الارض . أما حق الانتفاع الشخصي ، كحق انتفاع الموصى له بمنفعة أرض ، فانه دائما حق مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه<sup>(١)</sup> . كما انه من الواضح البين ان حق الارتفاق تزيد به قيمة الارض المرتفعة اذ به تزداد منفعتها فتزداد قيمتها .

ثانيا : حق الارتفاق يقرر دائما على عقار يسمى العقار الخادم أو المرتفق به وتقل به قيمة العقار . ولهذا فان الارض المحملة بحقوق ارتفاقية تكون قيمتها أقل من مثيلتها الخالية من هذه الحقوق .

أما حق الانتفاع الشخصي فانه قد يتعلق بعقار كما في وقف العقار ، والوصية بمنفعته ، وقد يتعلق بمنقول كما في اعارة كتاب أو اجارة سيارة .

ثالثا : حق الارتفاق دائم غير مؤقت فلا يزول بتغير مالك العقار أو المرتفق به لانه يتعلق بالعقار أنى ذهب فينتفع به كل من يملك العقار المخدم ويرثه ورثته من بعده ويتفعلون به<sup>(٢)</sup> كما أن العقار المرتفق به يبقى محملا بهذا الحق وان تغير مالكة فينتقل الى الورثة بهذه الصفة فلا يستطيعون ازالته أو تغييره أو المعارضة في الانتفاع به . أما حق الانتفاع الشخصي فهو دائما مؤقت الى أجل محدود ينتهي بانتهاء هذا الاجل كما في الاجارة والاعارة والوصية بالمنافع مدة حياة الموصى له بها .

## مبحث الثاني

### الملك التام

٢٧٢ - تمهيد :

قلنا ان الملك نوعان : ملك تام وهو ملك رقبة الشيء ومنفعته معا . وملك ناقص وهو ملك العين فقط أو ملك المنفعة فقط . وقد تكلمنا عن

(١) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق : ص ١٩٤

(٢) حقوق الارتفاق تورث حتى عند الحنفية لانها تابعة للعقار .

الملك الناقص وأنواعه وخصائص كل نوع والاسباب المنشئة له • ونذكر الآن خصائص الملك التام والقيود التي ترد عليه ثم نعدد أسبابه المنشئة له ، أما تفصيلها فسنفرد لها فصلا خاصا •

#### ٢٧٣ - خصائص الملك التام :

يمكن اجمال خصائص الملك التام بما يأتي :

أولا : حق الملك غير موقوف بزمن معين ينتهي بانتهائه ، لان حق الملكية لا يقبل التقيد بالزمان والمكان ، فهو حق دائم ويبقى قائما ما دام الشيء المملوك قائما ولا ينتهي الا بانعدامه أو باخراجه من ملكية صاحبه بسبب ناقل للملكية أو بوفاء مالكة حيث ينتقل الى الورثة •

ثانيا : للمالك حق الاستعمال والاستغلال والتصرف فيما يملكه ، فله أن ينتفع به شخصيا وهذا هو حق الاستعمال ، وله أن ينتفع به بطريق غير مباشر كأن يؤجره وهذا هو حق الاستغلال ، وله أن يتصرف به بأي نوع من أنواع التصرفات كأن يعدمه أو يرهنه أو يبيعه أو يقفه أو يوصي به وهذا هو حق التصرف • فحق التصرف أعم من حق الاستعمال وحق الاستغلال اذ يشملهما ويشمل غيرهما من التصرفات القولية والفعلية<sup>(١)</sup> •

ثالثا - ليس على المالك ضمان الشيء المملوك له اذا اتلفه هو ، لان الضمان يستحقه المالك ، والانسان لا يكون مدينا لنفسه فلا يجب عليه الضمان لان ايجابه في هذه الحالة عبث والاحكام لا تشرع للعبث • ولكن قد يترتب على اتلافه بعض الاحكام كالتعزير اذا كان ما اتلفه ذا روح ، والحجر عليه اذا كان اتلافه امارا على نفسه •

#### ٢٧٤ - طبيعة حق الملكية :

لا شك ان الشريعة الاسلامية تعترف بحق الملكية الفردية وتحترمه

---

(١) جاء في المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينيا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة •

الشريعة الاسلامية (م-١٦)

وترعاه وتقرر لحفظه وحمايته وسائل كثيرة • فهي من جهة ترتب التزاما عاما على الكافة باحترام ملك الغير وتمد التجاوز عليه من الكبائر الجالبة لسخط الله وعذابه في الآخرة وهي من جهة أخرى تقرر العقوبات الدنيوية الزاجرة لمن تردعه وسائل الارشاد والتوجيه والتهديد ، مثل عقوبة السارق والمختلس والغاصب • هذا من جهة اعترافها بحق الملكية وحمايته • ومن جهة الآثار المترتبة على هذا الحق تقرر ان لصاحبه أن يتمتع بشمراته فله وحده دون غيره التصرف فيه واستغلاله كما يشاء • الا ان انفراد صاحبه بالتصرف فيه دون غيره لا يعني انه حق مطلق للفرد لا يرد عليه فيد ولا يتدخل الشريعة في تنظيمه • فالحقيقة أن الشريعة نظمت هذا الحق وقيدته بقيود كثيرة لم يعد معها حقا مطلقا ، بل أصبح أشبه ما يكون ( بوظيفة ) معينة يقوم بها المالك بحماية الشريعة ورعايتها وحسب توجيهها وأوامرها والقيود التي تضعها تحقيقا للخير والنفع للمالك نفسه وللجماعة نفسها • فالمالك في نظر الشريعة ( كالوكيل ) لا يتصرف في ملكه الا في الحدود التي رسمتها له الشريعة • فحق الملكية اذن حق مقيد بالقيود الشرعية ومالكة أشبه ما يكون بالوكيل فيه ، ويراد بهذا الحق اداء وظيفة معينة أي غرض معين يتلخص في جلب الخير والنفع للمالكة وللجماعة التي يعيش فيها عن طرق مراعاة حدود الشريعة وقيدوها التي وضعتها بالنسبة لهذا الحق • والدليل على ما قلناه في وصف طبيعة حق الملكية الفردية ما يأتي :-

أ - قوله تعالى : « وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » • فهذا يدل على أن يد الملك على ماله أشبه ما تكون بيد الوكيل أو النائب • وان المال في الحقيقة ليس له وانما أودع اليه التصرف فيه على النحو الذي يسأمره به مالكة الحقيقي وهو الله • قال الامام القرطبي ، أبو عبدالله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ، في تفسيره : « مما جعلكم مستخلفين فيه » دليل على أن أصل الملك لله سبحانه وان العبد ليس له فيه الا التصرف الذي يرضي



لله . . . الى أن قال : وهذا يدل على انها - أي الاموال - ليست بأموالكم في الحقيقة وما أنتم فيها الا بمنزلة الثواب والوكلاء فاغتنموا الفرصة فيها قبل ان تزال عنكم الى من بعدكم<sup>(١)</sup> .

ب - كراهية الشريعة تكديس الاموال بأيدي فئة قليلة وعدم تداولها بين الناس الفقراء لما يترتب على ذلك من مفسد واضرار ، ولهذا قسم رسول الله (ص) ما أفاء الله عليه من أموال ( بني النضير ) على المهاجرين الفقراء دون الانصار عدا فقيرين منهم تحقيقاً لقوله تعالى : « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الاغنياء منكم . . . »<sup>(٢)</sup> . فكراهية الشريعة حبس الاموال بيد فئة قليلة يدل على أن الملكية يراد بها تحقيق وظيفة خاصة تسهم في تحقيق أغراض الشريعة ومنها إقامة مجتمع فاضل خال من الاحقاد والحسد والضغائن يجد فيه كل فرد ما يسد به حاجته وينفع به الآخرين . ومما يساعد على تحقيق إقامة مثل هذا المجتمع عدم تكديس الاموال والثروات بأيدي قليلة . كما أن في تحديد أنصبة الورثة تقيساً للثروة ومنعاً لتكديسها بيد واحدة أو أيدي قليلة فضلاً عن الحكم الاخرى لهذا التحديد .

ج - قوله تعالى : « ولا تتؤنوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً » فهذه الآية الكريمة تشير الى معان كثيرة ، منها : النهي عن وضع الانسان ماله في يد من لا يحفظه ولا يحسن استثماره . ومنها النهي عن اعطاء السفهاء أموالهم لعجزهم عن استثمارها وحسن التصرف فيها ، بل يلزم الحجر عليهم وايداع أموالهم عند من يلي شؤونهم وهم القوام عليهم . ومنها : ان هذه الآية تخاطب المسلمين وتقول لهم ان هذه الاموال التي تملكونها جعلكم الله عليها قواماً ووكلاء فلا ينبغي لكم أن تجعلوها في يد

(١) تفسير القرطبي ج ١٧ ص ٢٣٨

(٢) انظر تفسير الطبري ج ٢٨ ص ٣٩ و تفسير القرطبي ج ١٨

من يضيعها<sup>(١)</sup> .

فهذه المعاني التي تشير اليها الآية تدل على أن المقصود بالمال اداء غرض معين للشارع وهو تمييزه والقيام عليه على نحو معين صالح يؤدي الى الخير والنفع . فاذا عجز مالكه عن اداء هذه الوظيفة سلبت منه السلطة عليه ومنع من التصرف فيه حتى يرشد ويصلح لامانة الملكية . ولو كانت الملكية حقا مطلقا للمالك يتصرف فيه كما يشاء لما وضع الحجر على السفيه ومنع من التصرف في ماله .

٢٧٥ - قيود حق الملكية :

أما قيود حق الملكية فتظهر في تنظيم الشريعة لهذا الحق ايجادا وبقاء وتمية وانفاقا وما ترتب فيه من حقوق للآخرين . ونحن لا نريد هنا التبسط في هذا التنظيم والافاضة في بيان وشرح هذه القيود وانما نريد التنبيه على جملة منها على النحو الآتي :

أولا : فيما يخص اثبات حق الملك وايجاده نجد ان هذا الحق لم يثبت أصلا لولا اثبات الشارع له واعترافه به وحمايته له وتقريره أسبابه . وأسبابه التي اعترف بها وجعلها منتجة له هي العمل المشروع بصورة العديدة ومنها الصيد واحياء الموات واستخراج المعادن من الارض ونحو ذلك ، كما سنذكره فيما بعد . ومنها أيضا الميراث والعقود والتصرفات الناقلة للملكية ، كما سنذكره أيضا فيما بعد . وما عدا ذلك لا تعترف الشريعة به ولا تعتبره سببا للملكية كالسرقة والنهب والسلب والقمار وابتزاز أموال الناس بالباطل كالظلم والرشا والزبا واستغلال السلطة والنفوذ ، فهذه الاسباب ونحوها لا تعتبر من الاسباب الشرعية لاكتساب الملكية .

ثانيا : فاذا ثبت الملك لآسان بناء على سبب شرعي فله أن يتصرف فيه وينمي على الوجه المشروع أي في الحدود التي رسمتها الشريعة والقيود

(١) أحكام القرآن ج ٢ ص ٥٩ - ٦٠ .

التي وضعتها له • فله استعماله واستغلاله وبيعه ووقفه وهبته ، وليس له أن ينميه بالغش<sup>(١)</sup> والاحتكار<sup>(٢)</sup> والربا<sup>(٣)</sup> ونحو ذلك مما ينافي بمبادئ الشريعة وأحكامها والأخلاق التي دعت إليها وأمرت بها • كما ليس له أن يتعسف في استعمال ما يملكه أو يتصرف فيه على نحو مضر بالآخرين وقد مرت بنا قيود تصرف الجار في ملكه وقصة عمر بن الخطاب والزامة محمد ابن مسلمة في امرار الماء في أرضه لسقي أرض الضحاك ، وجواز التسعير عند الضرورة •

ثالثا : ومع احترام الشريعة للملك الانسان وإبقائه عليه وعدم سلبه إياه ، إلا ان الشريعة تبيح نزع الملكية ولو جبرا عن صاحبها تحقيقا للنفع العام أو دفعا للضرر بعد دفع التعويض العادل للمالك • فمن ذلك نزع الملكية لتوسيع طريق أو نهر أو توسعة مسجد كما جرى في توسعة المسجد الحرام<sup>(٤)</sup> • ومن صور دفع الضرر ، تقرير الشفعة ، كما سنبينه فيما بعد • وبيع مال المدين وفاء لدينه اذا ما طل بالوفاء مع القدرة على الإيفاء • واجبار المحتكر على بيع ما عنده بقيمة المثل اذا كان في الناس حاجة الى ما عنده وأبى البيع بأكثر من هذه القيمة •

رابعا : وفيما يخص الحقوق المفروضة في المال المملوك أوجبت الشريعة فيه حق الزكاة وهو حق مفروض للفقراء ونحوهم ومقداره ٢.٥٪ من الذهب والفضة وقيمة العروض ، ونسب أخرى معينة في الزرع والثمار

---

(١) جاء في الحديث الشريف ( من غش فليس مني ) •  
(٢) جاء في الحديث الذي رواه مسلم وأبو داود والترمذي : ( من احتكر فهو خاطيء ) وفي الحديث الذي رواه الامام أحمد : ( من احتكر طعاما أربعين يوما برىء من الله وبرىء الله منه ) •  
(٣) قال تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين ، فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ) • وفي الحديث الذي رواه مسلم : ( لعن رسول الله (ص) آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه وقال : هم سواء ) •

(٤) فتوح البلدان للبلاذري ص ٥٨

والحيوانات والمعادن • وهذه المقادير تؤخذ من رأس المال وغلته اذا بلغ النصاب • كما أن لولي الامر ان يفرض في أموال الاغنياء الضرائب التي تحتاجها الدولة عند الحاجة ، كأن يخلو بيت المال وليس فيه ما ينفق منه على الجند ومصالح الدولة ونحو ذلك<sup>(١)</sup> • أما من جهة الانفاق فان الشريعة أمرت بالاعتدال في النفقة والابتعاد عن الترف المالحن المحظور والاسراف فيما لا ينفع ، وحيث للموسر سبل الانفاق في وجوه الخير وعون المحتاجين • وإذا ما قصر الاغنياء في عون الفقراء والمحتاجين فان للدولة أن تفرض في أموالهم ما يكفي لتحقيق التعاون بين أفراد المجتمع واقامة العدالة الاجتماعية الاسلامية في المجتمع<sup>(٢)</sup> •

ويخلص لنا من جميع ما تقدم أن الملكية في الشريعة الاسلامية وظيفة مودعة الى المالك من قبل الشريعة نفسها فهي التي أقرت هذا الحق ورسمت حدود استعماله والانتفاع به والتصرف فيه ولم تتركه مطلقا لصاحبه • وقد هدفت من وراء ذلك كله تحقيق الخير والنفع للمالك نفسه وللجماعة واقامة مجتمع فاضل قائم على الفضيلة والتعاون النظيف الصادق بعيد عن الاثرة والحسد والتقاطع واضرار البعض بالبعض الآخر • وهكذا وبهذه القيود على حق الملكية يسهم هذا الحق في تحقيق أغراض الشريعة ، والشريعة لا تريد الا الخير والصالح للناس أجمعين •

---

(١) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٠٥ ، المستصفي للغزالي ج ١ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ •

(٢) أنظر تفصيل ذلك في كتابنا أحكام النذمين والمستأمنين في دار الاسلام ص ٢٠٠ - ٢٠٧ •

## الفصل الثالث

### أسباب الملك التام

٢٧٦ - للملك التام أسباب يترتب عليها ، وقد ذكرها الفقهاء وهي :  
( أ ) الاستيلاء على المال المباح ( ب ) العقود الناقلة للملكية ( ج ) الخلفية ،  
أي الميراث •

الا ان بعض الفقهاء يضيف الى هذه الاسباب سببا آخر وهو التولد  
من المال المملوك كثمر الشجر وتاج الحيوان فهما للمالك الشجر والحيوان  
لتولدهما من ملكه • والواقع ان هذا ليس بسبب مستقل وانما هو ثمرة من  
ثمرات الملكية ، فمن خصائص الملك التام انه ينصب على ذات الشيء وعلى  
منفعته معا • وما ذكروه من التولد من المال المملوك ليس الا ثمرة من  
ثمرات الملكية ، فمن خصائص الملك التام انه ينصب على ذات الشيء وعلى  
للملكية •

ومن الفقهاء من يجعل الشفعة سببا مستقلا للملكية<sup>(١)</sup> وبعضهم يجعلها  
من جملة العقود الناقلة للملكية ولا يعتبرها سببا قائما بذاته<sup>(٢)</sup> ونحن نؤثر  
اعتبارها سببا مستقلا لاتنا سنبحثها بشيء من التفصيل • وعلى هذا تكون  
أسباب الملك التام :

- 
- (١) الشفعة هي حق تملك المال المبيع ( أي المشفوع فيه ) من مالكة  
الجديد ولو جبرا عنه بما قام عليه من الثمن ، كما سنوضح ذلك فيما بعد •
  - (٢) من جعلها سببا مستقلا نظر الى أن الملك يثبت للشفيع بتمسكه  
بحق الشفعة وطلبه تملك المشفوع فيه ، والطلب ليس عقدا ولا استيلاء ولا  
ارثا فتكون الشفعة سببا مستقلا • ومن اعتبرها من جملة العقود نظر الى  
أن الملك لا يثبت بمجرد الطلب ، بل يثبت بالتراضي بين الشفيع والمشتري  
وهذا عقد جديد أو يثبت بقضاء القاضي عند إباء المشتري اجابة طلب  
الشفيع ، وقضاء القاضي بمثابة عقد يقوم به نيابة عن المشتري الممتنع ،  
وفي كلا التصورين لا تكون الشفعة سببا مستقلا وانما من جملة العقود •

(أولاً) الاستيلاء على المال المباح (ثانياً) العقود الناقلة للملكية كالبيع ونحوه (ثالثاً) الميراث (رابعاً) الشفعة •

٢٧٧ - وهذه الأسباب قد ينظر إليها باعتبارات مختلفة فتقسم الى تقسيمات مختلفة • فمن هذه التقسيمات ما يأتي :

أولاً : أسباب اختيارية وأسباب جبرية :

فالأسباب الاختيارية هي التي تنشأ باختيار الشخص ومحض ارادته وتشمل الاستيلاء على المال المباح والعقود الناقلة للملكية والشفعة اذا طلبها صاحب الحق فيها •

أما الأسباب الجبرية فهي التي تتحقق بجعل من الشارع ولا دخل فيها لارادة الشخص وهذه هي الميراث • فالميراث خلافة شرعية عن الميت تثبت للوارث عن المورث بجعل من الشارع فهي سبب جبري لا دخل لارادة الوارث أو المورث فيها ، ولهذا يقال لا يدخل شيء في ملك انسان جبراً عنه الا الميراث • وهذه الخلافة انما تكون في الباقي من تركة الميت بعد تجهيزه وسداد ديونه وتنفيذ ما عساه قد أوصى به •

ثانياً : وأسباب الملكية منها ما هو منشيء لها ومنها ما هو ناقل لها • فالمنشيء لها هو الذي يوجد الملكية بعد أن لم تكن موجودة أصلاً وهذا هو الاستيلاء على المال المباح • والناقل للملكية لا ينشئها ، أي لا يوجد لها بعد ان لم تكن وانما ينقلها فقط من شخص لآخر ويتناول هذا النوع العقود والميراث •

ثالثاً : وتنقسم أسباب الملكية الى أسباب فعلية وقولية وأسباب تتحقق بلا دخل من الشخص المالك أو الشخص المنقولة اليه الملكية • فالفعلية هي الاستيلاء على المال المباح ولهذا يصح هذا السبب لافادة الملكية ممن لا يعتبر قوله كالمجنون والصغير المميز أو غير المميز • فاذا استولى واحد من هؤلاء على المال المباح استيلاء حقيقياً ملكه (١) •

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٥ ، ومحمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ - ٢١٦ •

والقولية تتحقق بالعقود والشفعة • والاصل في العقود أن تكون  
بالقول كما سنبينه في فصل العقود ان شاء الله •  
والثانية تتحقق بالارث فهو يثبت الملك دون قول أو فعل لا من  
الوارث ولا من المورث وانما تثبت بجعل الشارع كما قلنا •  
هذا وسنتكلم عن كل سبب في مبحث على حده موجزين القول عن  
الميراث والعقود ومفصلين بعض التفصيل عن الاستيلاء والشفعة •

## المبحث الأول

### الاستيلاء على الاموال المباحة

٢٧٨ - يقصد بالاستيلاء حيازة الشيء المباح ووضع اليد عليه • ويتميز  
هذا السبب بأنه منشيء للملكية وبأنه سبب فعلي لا قولي وبأنه مختص  
بالاموال المباحة لا المملوكة •

والمراد بالاموال المباحة جميع ما خلقه الله لعباده من مخلوقات في  
البر أو البحر أو الهواء كالحيوانات في الفلاة والاسماك ونحوها في المياه  
والطيور في الهواء وكالاشجار النابتة في الجبال والصحارى وكالارض الموات  
التي لا يملكها شخص • فكل هذه المخلوقات ونحوها يشترك الناس في  
الانتفاع بها شركة اباحة لا شركة ملك • ولا تملك الا باحرازها ووضع  
اليد عليها فاذا استولى عليها الانسان ملكها وحده دون غيره ولم يستطع غيره  
أن يملكها الا عن طريقه بسبب ناقل للملكية •

والاستيلاء على المال المباح يتنوع بتنوع المال نفسه نظرا لطبيعته ولهذا  
كانت له الانواع التالية :

أولا : الصيد • ثانيا - الاستيلاء على الكلاً والآجام • ثالثا : الاستيلاء  
على المعادن والكنوز • رابعا : احياء الارض الموات • وتكلم عن كل نوع  
في مطلب على حدة •

## المطلب الأول

### الصيد

٢٧٩ - يطلق الصيد ويراد به الحيوان الممتنع عن الانسان بفراره في الغابات ونحوها ، أو بنفوصه في الماء ، أو بطيرانه في الهواء . فكل هذه الحيوانات - وهي بهذه الحالة - أموال مباحة سواء أكانت مأكولة اللحم أم لا ، فإذا خرجت عن امتناعها بأن وقعت في يد الانسان فانها لا تسمى عند ذلك صيدا .

ويطلق الصيد أيضا ويراد به اقتناص الحيوان أي أخذه بشيء من الحيلة والحدق .

٢٨٠ - وقد أحل الله الصيد إلا إذا كان الصائد محرما أو كان الصيد في الحرم<sup>(١)</sup> . وفي حل الصيد جاءت هذه الآيات الكريمة قال تعالى : «أحل لكم بهيمة الانعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم»<sup>(٢)</sup> . «وإذا حللتم فاصطادوا»<sup>(٣)</sup> . «أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دتم حرم»<sup>(٤)</sup> . «يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه»<sup>(٥)</sup> ومن هذه الآيات نرى أن صيد البحر حلال دائما ، أما صيد البر فهو حلال في غير الحرم إلا إذا كان الصائد محرما بحج أو عمرة . كما أن الآية الأخيرة تدل على أن ما تمسكه الحيوانات المدربة على الصيد حلال أكله لأن الشارع اعتبر مسك

(١) الحرم منطقة معينة تحيط بالكعبة المشرفة على أبعاد محدودة تتجاوز مكة المذكورة في كتب الفقه فهذه المنطقة تعتبر جرما آمنا لمن دخلها من حيوان أو انسان .

(٢) سورة المائدة ، الآية ١

(٣) سورة المائدة ، الآية ٢

(٤) سورة المائدة ، الآية ٩٦

(٥) سورة المائدة ، الآية ٤



الصيد من قبل الحيوان المدرب كذكاة له أي كالذبح المشروع ، الا انه يشترط تسمية الله عند ارسال الحيوان المعلم على الصيد أو استعمال آلة الصيد كالبندقية .

٢٨١ - ويشترط في الصيد ليكون سببا للملك أن يتحقق به الاستيلاء والاستيلاء اما حقيقي واما حكمي .

#### أولا : الاستيلاء الحقيقي :

ويكون بامساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو حيس في المصيدة أو متعلق بها بحيث لو مد الصائد يده اليه لأمسكه . وهذا النوع من الاستيلاء يفيد الملك التام على نحو مستقر دون حاجة الى نية أو قصد<sup>(١)</sup> . فاذا انفلت الصيد من المصيدة لم يخرج من ملكية الصائد وعلى من يصيده ان يرده الى صائده الاول لانه باستيلائه عليه استيلاء حقيقيا تثبت له ملكيته ثبوتا مستقرا فلا يزول عنه هذا الملك بفراذه منه كما لا تزول ملكية البعير ، مثلا ، عن صاحبه اذا شرد منه ... وهذا على رأي الجمهور كالحنفية والشافعية<sup>(٢)</sup> أما على رأي المالكية فانهم يفرقون بين حالتين ( الاولى ) اذا استأنس الصيد ثم فر بعد ذلك ففي هذه الحالة تبقى ملكيته لصائده وعلى من يمسكه أن يرده عليه الا اذا ظل فارا حتى عادت اليه وحشيته وزال استئناسه فهو لمن يمسكه . (الثانية) اذا فر قبل ان يستأنس عند صائده كأن فر حالا ففي هذه الحالة تزول عند الملكية ويعود مالا مباحا وهو لمن يصيده<sup>(٣)</sup> .

#### ثانيا : الاستيلاء الحكمي :

وهذا يتم باستعمال وسيلة يصير بها الصيد غير ممتنع على الصائد .

---

(١) الاستاذ محمد بسلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٣٠٦

(٢) البدائع للكاساني ج ٦ ص ١٩٣

(٣) منح الجليل في فقه المالكية ج ١ ص ٥٨٥

ويكون ذلك اذا أمكن أخذه بالفعل دون استعمال وسيلة أخرى ، وبعبارة أخرى آخر يتحقق الاستيلاء الحكمي بتهيئة الصيد لأن يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقيا بأخذه فعلا أو بالتمكن من أخذه فعلا • فضرب الحيوان بسلاح يجرحه ويمنعه من الفرار ، وحفر حفرة يسقط بها الحيوان ولا يستطيع خلاصا ، ونصب شبكة يتعلق بها الصيد ولا يجد مخرجا منها ، كل ذلك ونحوه يتحقق به الاستيلاء الحكمي •

وهذا النوع من الاستيلاء الحكمي يفيد ملكا غير مستقر ، بمعنى أن الصيد اذا تمكن بطريقة ما أن ينفلت من المصيدة قبل أن يستولي عليه الصائد استيلاء حقيقيا فإنه يعود مالا مباحا لا ملكية لاحد عليه وهو لمن يصيده • أما اذا تبسع الاستيلاء الحكمي استيلاء حقيقي فان الملكية التامة المستقرة ثبتت عليه وفي هذه الحالة اذا فر الصيد فهو للمالك كما ذكرنا أولا •

وانما يثبت الاستيلاء الحكمي وما يتبعه من ملكية غير مستقرة اذا كانت الآلة معدة للصيد واستعملها الصائد لهذا الغرض أو بدون قصد آخر غير الصيد • اما اذا استعملها بغير قصد الصيد كما لو نشر الصائد شبكته لتجفيفها فإنها في هذه الحالة لا تصلح سببا للاستيلاء الحكمي فلو تعلق بها صيد لم يملكه ناشر الشبكة وهو لمن يمسكه ويستولي عليه استيلاء حقيقيا سواء أكان الماسك ناشر الشبكة أو غيره • أما اذا كانت الآلة غير معدة للصيد فيشترط فيها أن تستعمل بقصد الصيد حتى يملك مستعملها ما يتعلق بها من صيد • أما اذا لم يستعملها بهذا القصد فالصيد لمن يستولي عليه • فاذا استعملها بهذا القصد وتعلق بها صيد ملكه ملكية غير مستقرة فاذا فر عاد مالا مباحا • ولكن اذا مسكه انسان وهو في المصيدة ونازعه مستعمل الآلة فهو لواضع الآلة لأن بها خرج الصيد عن امتناعه وهو في سبيل الاستيلاء عليه حقيقة<sup>(١)</sup> •

---

(١) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨

## المطلب الثاني

### الكلا والآجام

٢٨٢ - الكلا هو الحشائش التي تنبت في الارض فان كانت الأرض غير مملوكة فهو على الاباحة وان كانت مملوكة فهو على الاباحة أيضا ان لم يتعهده صاحب الارض بالسقي ونحوه من وسائل الانبات ، ولكل واحد أن يستولي عليه ويستفيع به وعلى صاحب الارض أن لا يمنع المحتاج أن يأخذ حاجته منه اذا لم يجد غيره في أرض غير مملوكة . ويعمل الامام الكاساني الحنفي ذلك بأن الارض لا تملك عادة لغرض استغلالها بالكلا أي أن الكلا غير مقصود عادة من تملك الارض فيبقى على الاباحة<sup>(١)</sup> .

والواقع أن الحديث الشريف ورد بأن الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلا والنار . وهذا الحديث بظاهره يفيد أن الكلا يبقى على الاباحة مطلقا سواء نبت في أرض مملوكة أو غير مملوكة ، بعمل من صاحب الارض أو بغير عمله . وهذا ما ذكره الفقهاء كالامام الكاساني الحنفي<sup>(٢)</sup> . الا أن الامام أبا عبيد القاسم بن سلام ذهب الى أن اباحة الكلا وشركة الناس فيه انما هو بالنسبة للثابت في أرض غير مملوكة<sup>(٣)</sup> ، فهذا هو معنى الحديث عنده . أما اذا نبت الكلا في أرض مملوكة ولو بدون عمل من صاحبها فان الكلا يكون لصاحب الارض ، ولكن لا يطيب له منه الا بمقدار حاجته ، ولا يحل له أن يمنع أحدا من الانتفاع بالزائد عن حاجته . ويحتج ابن سلام لقوله بحديث آخر فيه : « لا يمنع فضل الماء لمنع به فضل الكلا »<sup>(٤)</sup> . وما ذهب اليه هذا الامام هو ما نرجحه .

أما الآجام فهي الاشجار الملتفة ، وحكمها انها تكون مباحة اذ وجدت في أرض غير مملوكة . أما اذا كانت في أرض مملوكة فهي لصاحب الارض

(١) الكاساني ج ٦ ص ١٩٢

(٢) الكاساني ج ٦ ص ١٩٣

(٣) الاموال لابي عبيد بن سلام ص ٢٩٧

(٤) الاموال لابي عبيد بن سلام ص ٢٩٧ - ٣٠٠

ولا يجوز لاحد الانتفاع بها بدون اذن صاحبها • وانما فارقت الكلاً في الحكم لان الارض تمتلك لاستثمارها بما ينبت فيها من اشجار ولا تمتلك لاستثمارها بالكلاً عادة فافترق الحكم بينهما<sup>(٢)</sup> •

## المطلب الثالث

### المعادن والكنوز

٢٨٣ - المعادن أو كما يسميها الفقهاء بالفلزات - هي ما يوجد في باطن الارض من الاموال كالذهب والفضة والحديد ونحو ذلك لا بفعل الانسان ولكن بخلق الله وايجاده •

والكنز هو ما دفنه الانسان ونحوه • أو ما اندفن في الارض بحادث من الحوادث كالخسف أو الزلزال • ويسمى الاثنان - أي المعدن والكنز - باسم الركاز ، وهذا عند فقهاء العراق كالحنفية<sup>(٢)</sup> • وغيرهم من الفقهاء يفرقون بين الاثنين ، فمنهم من يقصر اسم الركاز على المال المدفون في الارض • أي الكنز ، ومنهم من يجعله اسماً للمعدن دون الكنز<sup>(٣)</sup> •

### ٢٩٤ - احكام المعدن :

المعادن ثلاثة أنواع ، فهي اما معادن جامدة صلبة تقبل الطرق والسحب كالذهب والفضة ، واما معادن صلبة لا تقبل الطرق والسحب كاللاس والياقوت ، واما معادن سائلة كالزئبق والبتروول • وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المعادن ونحن نوجز القول في بيان آرائهم •

أولاً : عند المالكية<sup>(١)</sup> : تعتبر هذه المعادن بأنواعها ملكاً لعموم المسلمين

(١) الخراج لابي يوسف ص ١٠٣ - ١٠٤ ، الاستاذ على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٢٦ •

(٢) المبسوط للسرخي ج ٢ ص ٢١١ ، الكاساني ج ٢ ص ٦٥ ، الزيلعي ج ١ ص ٢٨٧ - ٢٨٨ •

(٣) الاموال لابن سلام ص ٣٣٨ - ٣٤٠

(١) الشرح للصفير للدردير ج ١ ص ٣٥٩ وما بعده ، والاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٣١١ •

أي للدولة سواء وجدت في أرض مملوكة أو غير مملوكة ، وللدولة أن تصرف فيها كما تشاء بما يحقق المصلحة العامة للمسلمين لأنها ملكهم وما الدولة الا نائبة عنهم في التصرف فيها بما يعود عليهم بالنفع فلها أن تقطعها لفرد أو شركة لمدة معينة بأجر معلوم على سبيل الانتفاع والاستغلال لا على سبيل التمليك اذ لا يجوز للدولة أن تملكها لاحد . ويعمل المالكية هذا الرأي بأن المسلمين ( الدولة ) ملكوا هذه المعادن يوم استولوا عليها باستيلائهم على الارض فبقى هذه الملكية للدولة وان وزعت هذه الاراضي على الغانمين أو صارت لغيرهم . لان من يملك هذه الارض يملك ظاهرها فقط باعتبار أن الارض انما تملك عادة بقصد استغلالها بالزراعة والعمارة فلا يكون المقصود من تملكها تملك ما فيها من معادن باطنة . وعلى هذا تبقى ملكية الدولة لهذه المعادن كما كانت أولا . وعلى هذا التصوير المالك لا يكون الاستيلاء على المعادن من أسباب الملكية حتى ولو كان المعدن في أرض مملوكة .

ثانيا : وعند الحنفية ، تعتبر هذه المعادن تابعة للارض فتأخذ حكمها فان كانت في أرض مملوكة فهي لمالك الارض وان كانت في أرض مباحة فهي مباحة وتكون لواجدها أي لمن يستولي عليها ويحوزها . وحجة هذا الرأي ان المعادن جزء من الارض والجزء يأخذ حكم الكل ( أي الارض ) فاذا كان مملوكا كان جزؤه ( أي المعدن ) مملوكا ، واذا كان الكل غير مملوك فالجزء مثله في الحكم أي غير مملوك<sup>(٢)</sup> . وعلى هذا التصوير للمسألة يكون الاستيلاء على المعادن الموجودة في الارض المباحة من أسباب الملكية .

ثالثا : وهناك رأي ثالث بين الرأيين الاولين فهو تارة يميل الى الرأي الاول وطورا يتجه ويأخذ بالرأي الثاني . فالحنبلة مثلا يرون أن المعادن في الارض المباحة ان كانت من المعادن الظاهرة التي يمكن الوصول اليها بلا

---

(٢) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢١٦

كلفة ولا مؤونة أو بشيء يسير من المؤونة فانها لا تملك بالاستيلاء عليها وان كانت أرضها مباحة ، لتعلق حق الكافة في الانتفاع بها ، ولا يجوز للدولة أن تملكها لاحد أو تقطعها لاحد من الناس وانما عليها أن تتعهدا وتقوم عليها بالنحو الذي يحقق النفع للجميع . أما المعادن التي لا يمكن التوصل اليها الا بكلفة ويجهد فالقول الظاهر في المذهب الحنبلي - وهو ظاهر مذهب الشافعي - لا تملك أيضا بالاستيلاء عليها ، وهناك قول في المذهب الشافعي يحتمله المذهب الحنبلي أيضا انها تملك بالاستيلاء عليها . هذا كله اذا كانت الارض غير مملوكة ، أما اذا كانت الارض مملوكة فيفرق الحنابلة بين المعادن الجامدة والسائلة ، فالأولى تكون للمالك الارض لأنه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها والمعدن الجامدة يعبر جزء منها ، أما المعادن السائلة كالقار والنفت ففي المذهب الحنبلي رأيان أظهرهما لا تملك لقول النبي (ص) « الناس شركاء في ثلاثة : في الماء والكلا والنار » ولأن هذه المعادن لا تعتبر كجزء من الارض فلا تملك تبعاً للارض . والرأي الثاني في المذهب أن صاحب الارض يملكها لانها خارجة من ملكه فاشبهت الزرع والمعادن الجامدة<sup>(١)</sup> .

والراجع من هذه الآراء ما ذهب اليه المالكية لما في هذا الرأي من تحقيق مصلحة عامة ، ولأن في تعليلهم لرأيهم قوة ووجاهة تدعو الى ترجيحه على غيره لا سيما اذا استحضرتنا ما قلناه من أن الملكية في الشريعة تبدو كأنها وظيفة مودعة لدى المالك لتحقيق غرض معين هو النفع العام للجميع وبضمنهم المالك نفسه .

٢٨٥ - هذا وان الحنفية مع قولهم الذي ذكرناه عنهم جعلوا لبيت المال حقاً في المعدن فأوجبوا فيه الخمس ان كان من المعادن الصلبة التي تقبل الطرق (أي النوع الاول) ولم يوجبوا في النوعين الآخرين شيئاً للدولة . وحجتهم في ذلك ان الحديث الشريف ورد فيه : « ... وفي الركاز الخمس » والركاز عندهم يشمل المعدن والكنز والمراد بالمعدن هنا ما كان

(١) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٥٢٠ - ٥٢٢

من النوع الاول فقط لان النوعين الآخرين بشهان أحجار الارض واطباء وماءها وهذه لا يجب فيها شيء للدولة فكذلك ما يشبهها • فيكون المراد ( بالركاز ) في الحديث الكنز والنوع الاول من المعادن دون غيرها • وهذا الخمس ينبت للدولة سواء وجد في أرض مملوكة أو غير مملوكة على رأي أبي يوسف ومحمد ، وعد رأى أبي حنيفة يثبت إذا كان في أرض غير مملوكة فقط ، فإن كان في مملوكة فلا شيء للدولة • اما الباقي فهو لواحد ان كان في أرض غير مملوكة ، ولمالك الأرض ان كان في أرض مملوكة • وان كان المعدن من النوعين الآخرين فكله للواحد أو لمالك الأرض • أما غير الخنفيه من اصحاب الرأي الثالث فلا يرون في المعدن شئاً للدولة واما قالوا : يجب فيه الزكاة ان بلغ صابا • وحجتهم ان ( الركاز ) الوارد في الحديث مصروف الى المال المدفون ، أي الكنز ، فليس المقصود به المعدن •

٢٨٦ - أما معادن البحر كاللؤلؤ والمرجان فعند أبي يوسف ومن وافقه ، فيها الخمس لبيت المال والباقي لمن استولى عليه • وحجتهم ان هذه المعادن تأخذ حكم الغنمة وإن الخمس لبيت المال • وعند أبي حنيفة ومن وافقه لا يجب في هذه المعادن شيء للدولة وانما هي لواجدها أي لمن يستولي عليها لان ماء البحار وما فيها مباحة للكافة فمن يستولي على معدنها انما يستولي على مال مباح فيملكه كله بالاستيلاء ولا يأخذ حكم الغنمة<sup>(١)</sup> •

٢٨٧ - الكنز وحكمه :

قلنا ان الكنز هو ما دفنه الانسان في باطن الأرض من ذهب وفضة ونحوهما • وهو عند الفقهاء نوعان • كنز اسلامي وكنز جاملي ، ولكل نوع حكم يخصه على النحو الآتي :

أولاً : الكنز الاسلامي : وهو ما فيه علامة أو دلالة على أنه دفن بعد

(١) الخراج لأبي يوسف ص ٧٠ • تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٣١٢ •

الاسلام كان تكون عليه كتابات اسلامية ، كآية من قرآن ، أو تاريخ اسلامي ، أو اسم الرسول (ص) ونحو ذلك •

وحكم هذا النوع انه باق على ملك صاحبه فلا يكون مالا مباحا فلا يملك بالاستيلاء عليه ولا يجب للدولة فيه شيء لا الخمس ولا غيره ويكون حكمه بحكم المال الضائع « أي اللقطة » وعلى واجده أن يعرفه<sup>(١)</sup> ، فإن ظهر مالكة دفعه اليه ، وإن لم يظهر صاحبه اختلف الفقهاء ، فعند أبي حنيفة يتصدق به واجده على الفقراء وله أن ينتفع به إن كان فقيرا • وعند الشافعية والحنابلة إذا لم يظهر صاحبه بعد التعريف والانتظار فلواجده أن يملكه ويتنفع به إلا أنه إذا ظهر صاحبه وجب عليه أن يرده له إن كان موجودا ويعطيه قيمته إن لم يكن موجودا • وعند المالكية إذا لم يظهر صاحبه فهو لبيت المال ، إن كان الكنز في أرض فتحها المسلمون قهرا ، وإلا فيكون لواجده<sup>(٢)</sup> •

ثانيا : الكنز الجاهلي : وهو ما فيه علامة أو دلالة على أنه دفن قبل الاسلام كما لو وجدت عليه صورة وثن أو اسم حاكم من حكامهم أو عرف ذلك بدليل معقول •

وحكمه إن فيه الخمس لبيت المال أما الباقي فقال البعض انه لواجده سواء أكان في أرض مملوكة أو غير مملوكة • وقال فريق آخر من الفقهاء انما يكون الباقي لواجده إذا وجده في أرض غير مملوكة فإن كان قد وجده في أرض مملوكة لغيره فلا شيء له ولا لملك الأرض الحالي ، وإنما يكون لأول من ملك الأرض في الاسلام أو لورثته إن وجدوا وعرفوا فإن لم يكن واحد من هؤلاء فيكون لبيت المال •

---

(١) وتعريف اللقطة يكون لمدة سنة وقيل أكثر أو أقل من هذا • وإنما يجب التعريف في المال غير اليسير أما اليسير فلا يجب فيه التعريف واختلف في مقداره فقليل يترك ذلك للعرف وقيل بحدود بمقدار معين كربع دينار : أنظر المغنى ج ٥ ص ٦٣١ - ٦٣٤ •

(٢) المغنى ج ٥ ص ٦٣٦ وما بعدها • وتاريخ التشريع الاسلامي لاستاذنا محمد سلام مذكور ص ٣١٣ •



## المطلب الرابع

### أحياء الأرض الموات

٢٨٨ - الأرض الموات التي تملك بالأحياء ، هي الأرض غير المملوكة لأحد ، الخارجة عن العمران ولا يتعلق بها حق أحد ولا يستفيع بها لأي سبب كان . ويترتب على هذا التعريف ما يأتي :

أولاً : الأرض المملوكة لا تكون مواتاً وإن كانت غير مستفيع بها بأن تركها صاحبها حتى صارت خربة مهجورة فلا تملك بالأحياء .

ثانياً : الأرض الداخلة في العمران لا تكون مواتاً فلا تملك بالأحياء لأن الشرط أن تكون خارجة عنه .

ثالثاً : الأرض المستفيع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع لا تكون مواتاً ، كالأرض التي تعلق بها حق ارتفاق للقرية بأن تكون مستودعاً لقمامة القرية أو مسيلاً للمائها أو محتطباً لها أو مرعى لانعامها أو مناخاً لابلها ونحو ذلك .

رابعاً : أما بعد الأرض عن العمران فهذا شرط عند بعض الفقهاء كأبي يوسف وأحد القولين في المذهب الحنبلية وليس بشرط عند البعض الآخر من الفقهاء كالشافعية وأحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل . ووجه الرأي الأول أن الأرض إذا كانت قريبة من العمران كانت في مظنة الانتفاع بها لصلاحيتها لهذا الانتفاع فتزول في الحكم منزلة المستفيع بها فعلاً . أما وجه الرأي الثاني فهي أن المعتبر في كون الأرض مواتاً أو غير موات هو الانقطاع الفعلي بها وعدمه ولا تأثير لقربها أو بعدها عن العمران . أما حد البعد على رأي مشرطية فقد اختلفوا فيه وأولى ما قيل فيه تركه للعرف كما هو مذهب الحنابلة والشافعية<sup>(١)</sup> .

٢٨٩ - والأرض الموات كما عرفناها مال مباح يملك بالاستيلاء عليه إلا أن هذا الاستيلاء لا يكون بوضع اليد فقط ، بل بأحياء الأرض كما جاء

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٧١ ، المعنى ج ٥ ص ٥١٧ .

في الحديث الشريف : « من احيا ارضا ميتة فهي له » ، فعلق التملك بالاحياء  
لانه مظهر الاستيلاء . والاحياء يكون بالقيام بعمل يجعل الارض صالحة  
للانتفاع بها بالزراعة أو غيرها ، أي أن احياء كل أرض يدون بتبتهتها  
للانتفاع الملائم لها ، وذلك بازالة المانع من تحصيل هذا الانتفاع . كإيصال  
الماء الى الارض الرراعيه بحفر الآبار وشق الرع والجداول ونحفيف الماء  
الـ رـ رـ به واقامه السدود لمع طعياا الماء واصلاح الربة وسميها  
وفلع أحجارها وحرثها وحملها بحال يمكن زرعها ، أو إقامة البناء عليها  
ونحو ذلك من الاعمال التي تجعل الارض منتفعا بها . فلا يشترط عمل  
معين لتحقيق الاحياء ، بل كل ما يعده العرف احيا . ويتحقق به الانتفاع من  
الارض فهو احياء ، وهذا هو الرأي المقبول وعليه بعض الحنابلة والشافعية  
ويؤيده الحديث الشريف : « من احيا أرضا ميتة فهي له » فالاحياء جاء  
مطلقا غير مقيد بصفة معينة وما لم يحدده الشرع أو يعينه بصار في تميزه  
الى العرف<sup>(١)</sup> .

#### ٢٩٠ - التحجير :

قلنا ان تملك الموات يكون بالاستيلاء عليها ، والاستيلاء لا يكون الا  
باحيائها والاحياء لا يتم الا بفعل من واضع اليد بجعل الارض منتفعا بها .  
وعلى هذا فما يقوم به مريد الاحياء من أعمال تمهيدية ، لا تجعل الارض  
منتفعا بها ، لا يعد احياء كما لو أحاطها بأحجار أو وضع عليها علامات ، فهذه  
الافعال لا تعتبر أحياء وانما تدل فقط على سبق وضع اليد عليها وتنبئ عن  
رغبة واضع اليد في احياها . وهذه الافعال التمهيدية للاحياء هي التي يسميها  
الفقهاء ( بالتحجير ) . ولا يترتب على التحجير ملك لصاحبه ، لان الملكية  
تثبت بالاحياء وليس التحجير باحياء وانما تمهيد له ليثبت له حق الاولوية  
بالاحياء فيكون أحق من غيره في احياها . وهذا الحق موقوف على ثلاث  
سنوات ، فان أحياها خلال هذه المدة فهي له وإن لم يحيها ، بل أهملها

(١) الاحكام السلطانية للماوردي ص ١٧١ ، المغنى ج ٥ ص ٥٣٨

تزرعها منه الامام وأعطاهما لغيره لانه لا يصح ابقاء الارض معطلة بيد المتحجر  
لا ينتفع بها ولا يدع غيره ينتفع بها . والاصل في امهال المتحجر هذه المدة  
ما روي عن النبي (ص) : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لمتحجر  
حق بعد ثلاث سنين » . ويروى هذا الاثر أيضا منسوباً لعمر بن الخطاب  
دون النبي (ص) ولكن يحمل على سماعه منه<sup>(١)</sup> .

ولكن تتساءل هنا هل يعتبر حق المتحجر في امهاله هذه المدة حقاً مانعاً  
للغير من تملك الارض بالاحياء ، بمعنى أن غيره لو أحياها فعلاً لم يملكها ؟  
رأيان للفقهاء : فذهب رأي الى انه حق أولوية في الاحياء لا يكسب ملكاً  
وتبقى الارض لمن يحييها فعلاً ، سواء أكان المحي هو المتحجر أم غيره ، وعلى  
هذا الرأي الشافعي وبعض الحنابلة والحنفية . وذهب رأي آخر الى أن  
الارض لا تملك بالاحياء من قبل الغير في هذه المدة لان حق المتحجر في  
الارض حق مانع للغير من احياها وتملكها بهذا السبب . وحجة الرأي  
الأول ان سبب الملكية الاحياء لا التحجير ، فمن قام به ثبت له الملك لانه  
ما دام المتحجر لم يحيها بعد فهي على الاباحة . وحجة الرأي الثاني ما روي  
عن النبي (ص) : « من أحيا أرضاً ميتة في حق غير مسلم فهي له » ، وما روي  
عنه (ص) : « من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو أحق به »<sup>(٢)</sup> .  
فهذا يدل على أن حق المتحجر في الارض مانع للغير من تملكها بالاحياء  
طيلة المدة المقررة له وهي ثلاث سنوات .

#### ٢٩١ - اذن الامام بالاحياء :

قلنا ان احياء الارض سبب لتملك الارض الموات . ولكن هل يشترط  
فيه اذن الامام (الحكومة) أم لا ؟ ذهب فريق من الفقهاء الى أن اذن الامام  
بالاحياء شرط لتملك الارض . فلو أحياها بدون اذن الامام لم يملكها ،

(١) الاموال لابن سلام ص ٢٩٠ ، والخراج لابي يوسف ص ٦١ ، ٦٥

(٢) المغني ج ٥ ص ٥١٩ ، الاحكام السلطانية للمارودي ص ١٧٢ ،

فتح القدير ج ٨ ص ١٣٩ .

وعلى هذا الرأي أبو حنيفة والجعفرية على ما يذكره الطوسي عنهم . وذهب فريق آخر الى أنه ليس بشرط ، فالموات تصير ملكا لمن يحييها سواء كان الاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ، وعلى هذا الرأي الشافعي وأحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني . احتج الاولون بأن الاحياء بدون اذن الامام قد يدعو الى الخصام والتزاع فلا بد من الاذن لدفع هذا الفساد . كما احتجوا برواية عن النبي (ص) : « ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه » وانما تطيب نفسه اذا أذن له . واحتج الآخرون بعموم الحديث : « من احيا أرضا ميتة فهي له » وليس فيه شرط الاذن من الامام فلا يصح اشتراطه<sup>(١)</sup> . والظاهر من هذا الخلاف ان اذن الامام ليس بشرط لعدم وروده في الحديث : من أحيا أرضا . الخ ، وهو حديث أصح سندا من الاول . الا أنه اذا كان هناك تنازع أو ضرر فيدو أن الاذن يلزم في هذه الحالة عملا بحديث : ( وليس لعرق ظالم حق )<sup>(٢)</sup> .

## ٢٩٢ - حكم الأرض بعد تركها أو تعطيلها :

إذا أحيا شخص أرضا مواتا فتملكها ثم هجرها وعطلها حتى عادت مواتا فهل تزول عنه ملكيتها وتعود مالا مباحا أم تبقى ملكا له ؟  
اختلف الفقهاء في هذه المسألة . وجملة القول فيها ان الأرض ان كانت لمعين فهي تبقى على ملك صاحبها فلا تملك بالاحياء وهذا قول الحنابلة والشافعي وأبي حنيفة . وقال مالك ، بل تصير مالا مباحا فتملك بالاحياء . احتج الاولون بأن الاحياء لا يجري في الأرض المملوكة وهذه أرض مملوكة ثبت ملكها بسبب مشروع فلا يزول عنها الملك بالتزك والتعطيل كسائر الاملاك الثابتة بالشراء . واحتج الامام مالك بعموم الحديث : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » وهذه أرض ميتة حقيقة فيجري فيها الاحياء ، وبأن أصل هذه الأرض مال مباح تملكها صاحبها بالاحياء ليستفيع بها ويستفيع الآخرون باحيائها

(١) المغني ج ٥ ص ٥٤٣ ، المارودي ص ١٧١ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٢٢٢ ، الخراج لأبي يوسف ص ٦٤ .  
(٢) وهذا رأي الامام أبي يوسف الذي ذكره في كتابه الخراج ص ٦٤

فاذا عطلها عادت الى حالتها الاولى من الاباحة كمن يأخذ ماء من نهر ثم يرده اليه فانه يعود مباحا .  
 أما اذا كانت الارض لغير معين أي غير معروف ففي المذهب الحنبلي قولان : الاول انها لا تصير مالا مباحا فلا تملك بالاحياء ، وهذا قول الشافعي أيضا . وعلى هذا فانها تكون لبيت المال ارضا . والقول الثاني في المذهب الحنبلي انها تعود مالا مباحا فتملك بالاحياء تشبيها لها بالموات التي لم يجز عليها ملك مالك وبأن هذه الارض لا حق لاحد معين فيها ، وهذا قول الامام مالك وأبي حنيفة (١) .

## لِبَحْثُ الثَّانِي

### العقود الناقلة للملكية

٢٩٣ - وهذه العقود كثيرة منها البيع والهبة والوصية بالاعيان ونحو ذلك . وهذا النوع من أسباب الملكية يجري في الاموال المتقومة فلا يكون في الاموال المباحة مثلا ولا فيما لا يجوز الاتقاع به . فللال المباح لا يباع ولا يوهب لانه ليس بمتقونك للبائع ولا للواهب . والخمر لا ترد عليها هذه العقود الناقلة للملكية بين المسلمين أما بين الذميين ( أي غير المسلمين ) فان المقد يرد عليها ويظهر أثره فتنتقل ملكية الخمر من مالكةا الى الآخر . وعلى هذا اذا كان المال متقوما صح أن تنتقل ملكيته من شخص لآخر بقصد من هذه العقود بناء على تراضي الطرفين (٢) ، كمن يهب سيارته لآخر ويقبل

(١) المفتي ج ٥ ص ٥١٣ - ٥١٥ . ويلاحظ هنا ان في زوال ملكية الارض بتعطيلها بعد تملكها بالاحياء دلالة على ما قلناه في أول هذا المبحث من أن الملكية في الفقه الاسلامي تبدو وكأنها وظيفة يراد بها تحقيق النفع العام ونفع المالك نفسه .

(٢) وهناك حالات ينزع فيها الملك جبورا عن صاحبه كما في نزاع الملك للمنفعة العامة كتوسيع طريق ، وكما في بيع ملك جبورا عنه وفاء لدينه .

الموهوب له الهبة أو كمن يتزوج امرأة على هذه السيارة مثلا ، فتمام  
الايجاب والقبول تنتقل ملكية السيارة الى المرأة ، وكما لو تراضى الزوجان  
على الخلع نظير مال معين معلوم فانه يصير ملكا للزوج بتمام عقد الخلع .  
وهكذا . وسيأتي تفصيل القول عن العقود وأنواعها فيما بعد .

## المبحث الثالث

### الميراث

٢٩٤ - الميراث خلافة جبرية يحكم الشارع لا دخل فيها لارادة  
الانسان . وبهذا السبب الشرعي تثبت خلافة الوارث للموارث فيما يملكه  
فيحل محله فيما كان له من أموال وحقوق ماله في لحظه وفاته . فتنتقل  
تركة الميت الى ورثته الشرعيين بنسبة سهامهم المقدرة شرعا دون ايجاب أو  
قبول سواء أكانت تركة الميت منقولا أو عقارات . وتكون ملكية الوارث  
لهذه التركة بعد سداد ما عليها من ديون وبعد تنفيذ وصايا الميت في حدود  
ثلث التركة وفيما زاد على الثلث اذا أجازته الورثة . فان لم يكن للميت وارث  
وضعت التركة في بيت المال ، اما على اعتبار أنها ارث أو على اعتبار أنها مال  
لا مالك له ، على اختلاف بين الفقهاء ليس هنا محل تفصله .

## المبحث الرابع

### الشفعة

٢٩٥ - الشفعة في اصطلاح جمهور الفقهاء هي حق تملك العقار  
المبيع من منسره ولو حبرا عليه بالثمن الذي اشتراه مع المصاريف<sup>(١)</sup> .  
فلو باع انسان داره لغير حاره فان المحار أن يملك الميسع من

---

(١) وقد عرف القانون المدني العراقي الشفعة بما يفرب من التعريف  
الذي ذكرناه ، أنظر المادة ١١٢٨ .

من مشتريه ولو بدون رضاء بالثمن الذي اشتراه به مضافا اليه مفات الشراء كاجور الدالية ورسوم التسجيل • وقد سمي المصفا هذا النوع من التملك بحق الشفعة وصاحبه بالشفيع والعقار الذي يسيه صار سفيما بالشفوع به والعقار المبيع بالشفوع فيه •

٢٩٦ - ومشروعية الشفعة ثبتت بالسنة النبوية من ذلك : « فصى رسول الله (ص) بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » • وفي صحيح مسلم : « فصى رسول الله (ص) بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربه او حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك ، فاذا باع ولم يؤذن فهو أحق به » • وفي حديث آخر : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا » وفي حديث آخر : « جار الدار أحق بالدار » • « الجار أحق بصقبه » (١) •

فهذا الاحاديث وغيرها تدل على مشروعية الشفعة وانها حق مقرر لمن تحقق فيه سبب الشفعة كالشركة والجوار •

اما الغرض من تشريعها أو حكمة تشريعها فهو دفع الضرر المتوقع عن الشفيع من المشتري الجديد • كما ان فيها تهيئة الفرصة للشريك لان يصفو له الملك وينفرد به وينجو من ضيق الشركة بتملكه حصة شريكه •

وقد يتعرض على تشريعها باعتراضين : ( الاول ) انها خلاف قاعدة الرضاية في العقود ، وهذه القاعدة قطعية نصت عليها الشريعة • فالاصل في العقود التراضي والشفعة تناقض هذا الاصل ، لان الشفيع يأخذ المبيع جبرا على مشتريه ، مع أن البيع يجب أن يتم برضا الطرفين • ( الثاني ) أن في الشفعة ضررا على المشتري بتفويت ما كان يرجوه من نفع بشرائه العقار المشفوع فيه فكيف يدفع الضرر عن الشفيع باضرار المشتري ؟

(١) انظر تيسير الوصول الى جامع الاصول في حديث الرسول

ج ١ ص ٧٦ •

ومعنى : ربة أي دار • ومعنى حائط أي بستان • ومعنى الصقب أي القرب في الجوار •

ولكن يمكن الرد على الاعتراض الاول بأن الشفعة اذا خالفت قاعدة التراضي في العقود فقد وافقت قاعدة دفع الضرر عن الغير . قال عليه الصلاة والسلام ( لا ضرر ولا ضرار ) . ويرد على الاعتراض الثاني بأن دفع الضرر عن الشفيع اولى من تحصيل نفع مرجو للمشتري عملاً بقاعدة دفع المفسد اولى من جلب المنافع ، فضلاً عن أن الشفيع أحق بالشفوع فيه من المشتري بنص الشارع ومن كان أحق من غيره في شيء فمصلحته فيه اولى بالرعاية من مصلحة ذلك الغير .

وعلى هذا فالشفعة نظام قانوني سليم شرعاً وعقلاً وهو من جملة الانظمة التي امتازت بها الشريعة الاسلامية وهي لا تمتاز الا بالافضل وبما هو خير . وقد اخذ القانون المدني العراقي بنظام الشفعة واستقى احكامه من مختلف المذاهب الاسلامية ، وجاء بأحكام جديدة في جملتها لا يضيق بها الفقه الاسلامي ، بل تتفق مع روحه . وقد أفرد للشفعة المواد من المادة ١١٢٨ - ١١٤٤ . وكذلك أخذ القانون المدني المصري بنظام الشفعة وخصص له المواد من المادة ٩٣٥ - ٩٤٨ . وسنشير الى بعضها في أثناء كلامنا عن أحكام الشفعة .

#### ٢٩٧ - في اي شيء تثبت الشفعة ؟

يفهم من التعريف الذي قدمناه للشفعة انها لا تثبت الا في العقار وعلى هذا رأي جمهور الفقهاء مع بعض التفصيلات والاختلافات اليسيرة فيما بينهم ، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي وكذا المصري<sup>(١)</sup> . وقال فقهاء الظاهرية تثبت حتى في المنقول . ونذكر فيما يلي كلمة موجزة عن هذين الرأيين :

أولاً : رأي الجمهور : وعندهم لا تثبت الشفعة الا في العقار ، كما قلنا ، وهي الارض وما اتصل بها من بناء أو غراس اذا بيع مع الارض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً للارض . ومثل البناء والغراس في تبعيته للارض ما

(١) انظر المادة ١١٣٣ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٩٣٥ من القانون المدني المصري .



يقتبر من لوازم وتوابع العقار عادة كأسلاك الكهرباء وأنابيب الماء وأقفال الابواب ومفاتيحها ، فهذه الاشياء تدخل في الشفعة تبعاً للعقار . أما الزرع اذا بيع مع الارض فعلى مذهب أبي حنيفة ومالك تجري فيه الشفعة خلافاً للشافعي والحنابلة والجعفرية<sup>(١)</sup> .

والجمهور مع اتفاقهم على جريان الشفعة في العقار المبيع الذي يقبل القسمة ، اختلفوا في العقار الذي لا يقبل القسمة . فذهب الحنيفة والثوري وهو أحد القولين في مذهب مالك وأحمد بن حنبل الى ان الشفعة تجري فيه خلافاً للشافعي والجعفرية<sup>(٢)</sup> .

احتج الجمهور لرأيهم ، في قصر موضوع الشفعة على العقار ، ببعض الاحاديث التي رأوها دالة على ما ذهبوا اليه . ومنها ما ذكره في مشروعية الشفعة . وأما في اختلافهم في جريان الشفعة فيما لا يقبل القسمة ، فقد احتج كل فريق منهم ببعض الآثار وبالحكمة من تشريع الشفعة . فقد احتج المانعون بما روي عن النبي (ص) أنه قال : « لا شفعة في بشر » . وبأن الذي لا ينقسم لا يسبب للشريك ضرراً لان المشتري لا يستطيع طلب قسمته ولا يضطر الشريك الى احداث مرافق خاصة به .

واحتج المجيزون للشفعة فيما لا ينقسم بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة فيما لم يقسم » ، وبأن الضرر هنا أكبر من الضرر فيما ينقسم<sup>(٣)</sup> . وهذا هو الراجح .

ثانياً : مذهب الظاهرية : وعندهم تثبت الشفعة في العقار كما تثبت في المنقول سواء أكان العقار قابلاً للقسمة أم غير قابل لها وسواء أكان المنقول متصلاً بالعقار أم منفصلاً عنه . وسواء بيع مع العقار أو بيع مستقلاً عنه<sup>(٤)</sup> .

(١) الخلاف للطوسني ج ٢ ص ١٨٠ ، المفني ج ٢ ص ٢٨٧ . ويلاحظ هنا ان العقار اذا بيع مع منقول ليس من لوازمه وتوابعه كبيع دار مع سيارة فان الشفعة تثبت في الدار فقط دون السيارة .

(٢) العقار القابل للقسمة هو ما يمكن الانتفاع بكل قسم منه بعد القسمة الانتفاع الذي كان قبلها والا لم يكن قابلاً للقسمة .

(٣) المفني ج ٢ ص ٢٨٩ وما بعدها .

(٤) المحلى ج ٩ المسألة رقم ١٥٩٤ .

وعن أحمد بن حنبل رواية توافق مذهب الظاهرية وقد نصرها ابن القيم  
بالمقول والمقول • كما ان في مذهب مالك توسعا في موضوع الشفعة فقد  
أجاز الشفعة في السفينة وبعض المنقولات الاخرى كالخضراوات والزروع  
إذا بيعت مستقلة<sup>(١)</sup> •

احتج الظاهرية ببعض الأحاديث مثل الحديث الذي رواه ابن أبي  
ملكبة ان الرسول (ص) : « قضى بالشفعة في كل شيء » • كما انهم ردوا  
على الجمهور بأن الشفعة اذا كان مبناها دفع الضرر عن الشفيع فهذه العلة  
موجودة في المنقول كما هي موجودة في العقار ، وموجودة فيما لا ينقسم  
كوجودها فيما ينقسم ، بل هي فيما لا ينقسم أشد ضررا •  
والراجع من القولين قول الظاهرية لان حجبتهم أقوى ونظرهم أسد ،  
أما ما احتج به الجمهور فلا ينهض حجة لما ذهبوا اليه ، فالأحاديث التي  
ذكروها ليست صريحة في الدلالة على المنع من الشفعة في المنقول فيكون  
القول بجريان الشفعة فيه هو الموافق للقياس فضلا عن الأحاديث الدالة  
بعومها على ان الشفعة تكون في المنقول والعقار على حد سواء •

#### ٢٩٨ - سبب استحقاق الشفعة :

يرى جمهور الفقهاء وهم الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية  
والظاهرية أن سبب استحقاق الشفعة هو الشركة في ذات العقار المبيع •  
ويزيد الظاهرية على هذا الشركة في المنقول أيضا كما قلنا • ويزيد الجعفرية  
الشركة في حق المرور في الطريق الخاص • وعلى هذا فالذي له حق الشفعة  
هو الشريك في ذات المشفوع فيه والشريك في حق الطريق على رأي  
الجعفرية •

أما الخفية فعندهم الشفعة تثبت اما بالشركة في ذات العقار المبيعة  
حصّة شائعة منه ، أو بالشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع ،  
أو بالجوار الملاصق للعقار المبيع • وتكلم فيما يلي عن كل سبب على حدة :

---

(١) المغني ج ٥ ص ٢٨٨ اعلام الموقعين ج ٢ ص ٨٧ ، الشرح الصغير  
للرددير ج ٢ ص ٢٥٢ •

أ - الشفعة بسبب الشركة في ذات العقار : فإذا كان العقار مشتركاً بين اثنين فأكثر وباع أحد الشركاء حصته الشائعة فللشركاء الآخرين جميعاً حق الشفعة في الحصة المبعة . فإن كان مشتريها أحد الشركاء اشترك معه فيها الشركاء الآخرون ما عدا البائع ، وإن كان مشتريها اجنبي اشترك فيها جميع الشركاء عدا الشريك البائع .

ب - الشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع : ويقصد بها حق الشرب الخاص وحق الطريق الخاص وحق المسيل الخاص . والشرب الخاص هو ما يحصى عدد الشركاء فيه ، واختلف في هذا العدد ، والراجح أن كونه الشرب خاصاً أو غير خاص متروك لرأي القاضي مستهدياً بالعرف القائم . أما الطريق الخاص فهو الطريق الذي يكون لأصحابه المالحق في منع غيرهم من المرور فيه سواء أكان نافداً أو غير نافذ . والقول في المسيل الخاص ما قيل في الشرب الخاص .

وعلى هذا فلا تثبت الشفعة بسبب الاشتراك في حق الشرب العام كالشرب من نهر دجلة ، ولا بالاشتراك بحق المرور في طريق عام ، ولا بسبب الاشتراك في مسيل عام .

ج - الشفعة بسبب الجوار : ونعني بالجوار هنا الملاصق للعقار المبيع فيستحق الشفعة كل جار عقاره يلاصق العقار المبيع بأي نوع من أنواع الملاصقة ، أي سواء أكانت الملاصقة بجميع حدود العقار المبيع أو ببعضها أو بجزء من حد منها ، فجميع الملاصقين بأي صفة كانت ملاصقتهم سواء في استحقاق الشفعة ولا امتياز لأحد منهم على الآخر . ومن الجوار الملاصق اتصال العلو بالسفل ، فلصاحب كل منهما حق الشفعة في ملك الآخر .

وعلى هذا فالشفعة عند الحنفية يستحقها : (أ) الشريك في ذات العقار الشائع . (ب) الشريك في حق ارتفاق للعقار المبيع ويسمى الشريك هنا بالخليط . (ج) والجار الملاصق .

٢٩٩ - مراتب الشفعة عند الحنفية :

ليس الشفعة في مرتبة واحدة ، فالشركاء في ذات العقار هم في المرتبة

الاولى ويقدمون على سواهم ، لان العبرة في تقديم شفع على آخر انه  
هي بقوة السبب ، والشركة أقوى أسباب الشفعة لان الشريك شريك في  
كل ذرة من ذرات العقار . وهم سواء في استحقاق الشفعة وان امتاز بعضهم  
على بعض بسبب آخر من أسباب الشفعة كأن يكون أحدهم خليطا زيادة على  
كونه شريكا ، لان العبرة بقوة السبب لا بتعدد أسباب الشفعة ، فاذا امتنوا  
في السبب القوي استنوا في استحقاق الشفعة . فان لم يوجد واحد من  
الشركاء فالشفعة للخلطاء ويعتبرون في مرتبة واحدة بالنسبة لغيرهم ولكنهم  
على مراتب فيما بينهم ، فيقدم الشريك في الشرب الخاص على الشريك في  
الطريق الخاص ، ويقدم الشريك في الطريق الخاص على الشريك في السيل  
الخاص ، ولا عبرة بامتياز بعضهم على بعض بسبب آخر كأن يكون أحدهم  
ملاصقا مع كونه خليطا . فاذا لم يوجد واحد من الخلطاء فالشفعة للمجاورين  
الملاصقين لا فرق بين جار وآخر و لامتياز لواحد على آخر بطول التلاصق  
أو قصره ولا يكون جواره أفضيا أو رأسيا .

#### ٣٠٠ - تراحم الشفعة :

اذا كان المستحق للشفعة واحدا وطلبها فهي له وان كان المستحقون  
أكثر من واحد ولم يطلبها الا واحد فهي للطالب دون غيره واذا طلبها أكثر  
من واحد ففي هذه الحالة صورتان .  
الصورة الاولى : اذا كانوا من مرتبة واحدة : فعند الخفية الشفعة لهم  
جميعا ويقسم المشفوع فيه بينهم على عدد رؤوسهم بالسوية بغض النظر عن  
أي اختلاف فيما بينهم كأن يكونوا شركاء وأنصبتهم مختلفة . أو يكونون  
خلطاء في الشرب الخاص وعقاراتهم مختلفة قريبا وبعدا عن المجري الخاص ،  
أو يكونوا جيرانا وعقاراتهم الملاصقة مختلفة طولا وقصرا ومن جانب واحد  
أو أكثر من جانب واحد .

وعند الشافعية والمالكية والحنابلة اذا طلب الشركاء في ذات العقار  
المشاع الشفعة في الحصة الميعة فإن المشفوع فيه يقسم بينهم قسمة تناسيا

بنسبة حصصهم بعضها الى بعض ، ولا يقسم عليهم بالسوية بعدد رؤوسهم  
كما يقول الحنفية • ويقول الحنفية أخذ القانون المدني العراقي اذ جاء في  
الفقرة الثانية من المادة (١١٣١) : واذا تراحم الشفعاء من طبقة واحدة  
فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي • أما القانون المدني المصري  
فقد أخذ برأي الجمهور فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (٣٩٧) : واذا  
تراحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على  
قدر نصيبه •

وأساس الخلاف بين القولين يرجع الى تكييف المسألة ووجهه النظر  
اليها • فالجمهور يعتبرون الاخذ بالشفعة كغلة المال المشترك وثمرته ، فكما  
أن الغلة تقسم على الشركاء بنسبة حصصهم في المال المشترك فكذلك ما  
يستحقونه بالشفعة يكون بنسبة حصصهم في المشفوع به • اما الحنفية فيرون  
أن سبب الاستحقاق واحد ولا أهمية لاختلافهم في السهام في المشفوع به •  
وحيث ان السبب واحد في الجميع فالكف في الاستحقاق سواء ، ألا يرى لو  
أن أحدهم انفرد لاخذ المشفوع فيه كله فاذا اجتمع مع غيره شاركه في  
المشفوع فيه على وجه التساوي • اما القياس على تقسيم غلة المال المشترك ،  
كما يقول الجمهور ، فهو قياس مع الفارق لانه لا يصح أن يكون المشفوع  
فيه - وهو ملك الغير - ثمرة ملك الشفعاء ، لانهم يستحقون تملك المشفوع  
فيه بحكم الشارع لا باعباره ثمرة من ثمرات ملكهم أو متولدا عنه • والشارع  
أعطاهم هذا الحق بوصفهم شركاء دفعا للضرر عنهم وهم في هذا الوصف  
ولزوم دفع الضرر سواء فيقسم بينهم بالسوية • وقول الحنفية هو ما نرجحه •  
الصورة الثانية : أن يكونوا من مراتب مختلفة : ففي هذه الصورة  
يوجب أصحاب المرتبة العليا أصحاب المرتبة الدنيا • فلو طلب الشفعة  
شريك وخليط وجار ملاصق فالشفعة للاول فان أسقط حقه فهي للثاني وان  
سقط حقه فهي للثالث • ويحتجون بحديث روزه وصح عندهم وهو :  
« الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفع » والمقصود بالشريك  
الشريك في ذات العقار ، والخليط الشريك في حق ارتفاق للعقار المشفوع

فيه والشفيع هو الحار • وقال أبو يوسف اذا أسقط الشفعة أصحاب المرتبة العليا فلا يستحقها من بعدهم من أصحاب المرتبات الاخرى لان مجرد وجود اصحاب المرتبات العليا يحجب أصحاب المراتب الاخرى وان أسقط اصحاب المرتبة العليا حقهم فيها فباسا على مسا<sup>(١)</sup> المراتب • فالان يحجب الاخوة سوا استحق المراتب • أو لم يستحق ، ولكن الراجح في المذهب الحنفي وما عله ظاهر الرواية هو القول الاول لا قول أبي يوسف وهذا ما رجحه ، لان جميع الشفعاء يستحقون الشفعة وقد انعقد فهم سب الاستحقاق وانما لم يستحق المتأخر لوجود المتقدم فاذا زال المانع اسج السب اثره وهو استحقاق الشفيع المتأخر الشفعة • وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup> وهو المفهوم من القانون المدني المصري<sup>(٣)</sup> •

#### ٣٠١ - شروط الشفعة :

استحقاق الشفعة يستلزم توافر شروط معينة فاداءت شرط منها فلا شفعة • وهذه الشروط هي :

- أ - أن يكون كل من المشفوع فيه والمشفوع به عقارا •
- ب - أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجاً باتاً وبمعرض مالي •
- ج - بقاء المشفوع به في ملك صاحبه حتى تتم الشفعة •
- د - عدم رضا الشفيع بالبيع •

#### ٣٠٢ - أولا : أن يكون المشفوع فيه والمشفوع به عقارا :

وهذا على رأي الجمهور ، أما عند الظاهرية فليس هذا بشرط لان الشفعة تجري عندهم في المنقول كما تجري في العقار • وقد بينا من قبل المقصود بالعقار وما تجري فيه الشفعة وما يتبعه من منقول فلا نعيده هنا • هذا وان الحنفية الحقوا بالعلو بالعقار فأثبتوا فيه

(١) انظر المادة ١١٣٦ الفقرة الاولى •

(٢) انظر المادة ٩٤٨ فقد جاء فيها : يسقط الحق في الاخذ بالشفعة لغير تنازل الشفيع عن حقه في الاخذ بالشفعة ولو قبل البيع •

الشفعة<sup>(١)</sup> لصاحب السفل كما أثبتوا به الشفعة اذا بيع السفل • وذهب محمد بن الحسن الى تبوت الشفعة لصاحب العلو حتى لو بقي له مجرد حق التعلي بأن تهلم ينالوه<sup>(٢)</sup> •

٣٠٣ - ثانيا : خروج المشفوع فيه من ملك صاحبه بصورة نهائية بعوض مالي :

وعلى هذا فالبيع الفاسد ولو تبعه قبض المشتري للمبيع لا يترتب عليه استحقاق الشفعة لان الواجب في البيع الفاسد فسخه لا بقاءه الا اذا عمل المشتري فيه ما يتعذر منه رده الى بائنه كأن يزيد فيه زيادة لا يمكن فصلها عنه أو يققه أو يهبه ففي هذه الاحوال يلزم البيع وتصح فيه الشفعة ويملكه الشفيع بالقيمة لا بالثمن<sup>(٣)</sup> • وكذلك لا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع طيلة مدة الخيار فاذا مضت دون فسخ تم البيع وثبتت فيه الشفعة أما لو كان الخيار للمشتري فلا يمنع من حق الشفعة لان الخروج أصبح نهائيا بالنسبة للبائع وهذا ما يتوقف عليه حق الشفعة<sup>(٤)</sup> •

ولابد أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض مالي ، مثليا كان هذا العوض أو قيميا ، كما لو بيع المشفوع فيه بمائة طن من الحنطة أو بألف أو بالدار الفلانية ففي هذه الاحوال تثبت الشفعة للشفيع على أن يدفع المثل كما في الحنطة والدنانير ويدفع القيمة كما في الدار • أما اذا خرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بدون عوض أو بعوض غير مالي فقد اختلف الفقهاء ، ونجمل فيما يلي خلاصة أقوالهم :

أ - اذا كان الخروج بلا عوض أصلا كما في الهبة ينير شرط العوض ، وكالوقف والوصية والميراث ففي هذه الاحوال لا شفعة في قول عامة العلماء • ولكن روي عن مالك ان الشفعة تثبت فيها عدا حالة الميراث ، ويملك الشفيع

(١) المبسوط ج ١٤ ص ١٣٢ الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٦٦

(٢) المرجع السابق •

(٣) المبسوط ج ١٤ ص ١٤٩

(٤) الكاساني ج ٥ ص ١٣ ، الزيلعي ج ٥ ص ٢٤٢ ، الشرح الصغير

للدردير ج ٢ ص ٢٥٣ •

الشرعية الإسلامية (م - ١٨)

المشفوع فيه بقيمته وهذا قول ابن أبي ليلى أيضا وهو الفقيه الكوفي المشهور .  
والحجة لهذا الرأي ان الشفعة تثبت لازالة الضرر عن الشفيع والضرر قائم  
في هذه الاحوال فتثبت الشفعة . أما الجمهور فيحتجون بأن الشفيع يملك  
المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشتري ان كان ما دفعه مثليا وبقيمته ان كان  
قيما ، والمالك الجديد - كالموهوب له - لم يملك نظير عوض دفعه وانما  
تملك بالمجان فلا سبيل للقول بأن الشفيع يأخذه تبرعا أو بالقيمة أو بالمثل ،  
فضلا عن ان اباحة الشفعة في هذه الحالة تؤدي الى احجام الناس عن فعل  
الخير والمعروف<sup>(١)</sup> . وبقول الجمهور أخذ القانون المدني<sup>(٢)</sup> .

ب - اذا كان الخروج بموض غير مالي كما لو جعل المشفوع فيه مهرا  
للزوجة أو عوضا في الخلع أو بدلا في صلح عن دم القتل أو بدلا عن منفعة  
كخدمات طبيب أو أتعاب محام أو عمل عامل . . فهل تثبت الشفعة في هذه  
الصور ام لا ؟ ذهب الحنفية وأحمد بن حنبل في ظاهر مذهبه والامام  
الشعبي الى المنع من الشفعة لان الشفيع يملك المشفوع فيه بمثل ما تملك  
به المشتري أو بقيمته ولا سبيل لهذا في هذه الاحوال لان العوض فيها ليس  
بمال فلا مثل له ولا قيمة .

وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي تجب الشفعة . واختلفوا بم يأخذ  
الشفيع ؟ قال الشافعي يملكه بقيمة البدل وهو مهر المثل في حالة جعل  
العقار مهرا للمرأة أو بدلا عن خلعها ودية القتل في حالة جعل العقار بدل  
الصلح عن دمه وأجر مثل الطبيب أو المحامي أو العامل في حالة جعل العقار  
عوضا عن خدمات هؤلاء .

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١٦ ، والمغني ج ٥ ص ٢٩١ .

(٢) نصت المادة ١١٣٣ من القانون المدني العراقي لا تثبت الشفعة

الا ببيع العقار المشفوع به مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع .

ونصت المادة ٩٣٥ من القانون المدني المصري . الشفعة رخصة تجبر

في بيع العقار الحلول محل المشتري .

ويلاحظ على المادتين ان نصهما يعني ، ان الشفعة مقتصرة على حالة

البيع فقط .



وقال مالك يلزم الشفيح الاخذ أن يدفع فيه المشفوع فيه مهما بلغت ، أي يدفع قيمة العقار الذي أخرجه صاحبه من ملكه عوضا عن هذه المنافع من مهر أو نحوه • وهذا القول هو الاعدل والارجح لان الشفيح يملك العقار المشفوع فيه بما قام على ملكه الجديد من ثمن ، وما قام عليه من ثمن تارة يكون مالا مثليا فيدفع الشفيح مثله وطورا يكون مالا قيميا فيدفع الشفيح قيمته ، فاذا تعذر هذا كله فالمصير الى تقويم المشفوع فيه ودفع قيمته من قبل الشفيح وهذا هو الاقرب لتحقيق العدالة والمائلة من تقويم بدله •

٣٠٤ - ثالثا : بقاء المشفوع به في ملك الشفيح حتى تتم الشفعة (١) :

أي يشترط أن يكون الشفيح مالكا للمشفوع به من وقت بيع المشفوع فيه حتى يملكه بالشفعة • والحكمة في هذا الشرط هو ان المشفوع به سبب نبوت الشفعة فيجب أن يبقى السبب قائما حتى حصول نتيجته ، فاذا زال السبب قبل حصول النتيجة لم يعد سببا صالحا لتحقيق أثره فلا يخصل الاثر • ويترتب على هذا الشرط ما يأتي :

أ - اذا باع الشفيح عقاره وبكلمة أجمع اذا خرج عن ملكه المشفوع به قبل ان يباع المشفوع فيه فلا شفعة له لعدم ملكيته المشفوع به وقت بيع المشفوع فيه •

ب - اذا طلب الشفيح الشفعة الا أنه قبل أن يملك المشفوع فيه باع المشفوع به ، فلا شفعة له ولا لمشتريه • أما هو فلانه لم يعد مالكا للمشفوع به وأما مشتريه فلانه لم يكن مالكا للمشفوع به وقت بيع المشفوع فيه •

ج - عند الحنفية ، اذا مات الشفيح بعد بيع المشفوع فيه وقبل أن يملكه بالشفعة سقط حقه سواء طلب أخذ المشفوع فيه أو لم يطلبه •

---

(١) وبهذا أخذ القانون المدني العراقي فقد جاء في الفقرة النائية من المادة ١٣٣ : ويشترط في العقار المشفوع به أن يكون ملكا للشفيح وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مملوكا له وقت الحكم بالشفعة أو التراضي عليها •

وليس لوارثه هذا الحق أيضا بصفة أصلية لانه لم يكن مالكا للمشفوع به وقت البيع كما أنه لا يرث هذا الحق عند الحنفية لان حق الشفعة لا يورث اذ ليس هو بمال وانما هو رغبة للمورث ، والرغبات لا تورث لانها صفات للشخص . وقال غير الحنفية كالشافعي وأحمد بن حنبل ومالك ان حق الشفعة يورث فيحل الوارث محل مورثه في هذا الحق اذا كان المورث طلبه في حياته<sup>(١)</sup> .

د - لا شفعة بالعقار الموقوف لا للناظر عليه ولا للمرتزقة فيه . أما الناظر فانه مشرف عليه ومدير له فليس هو مالك له . وأما المرتزقة فهم المستفيدون من غلة ومنافع الوقف وليسوا ملاكا له<sup>(٢)</sup> .

٣٠٥ - رابعا : عدم رضا الشفيع بالبيع :

وحكمة هذا الشرط واضحة لان الشفعة ما شرعت الا لدفع الضرر عن الشفيع فاذا رضي ببيع العقار المشفوع فيه الى الغير كان ذلك منه دليلا على عدم ضرره بهذا البيع فلا معنى لاثبات الشفعة له . ولا يشترط أن يكون هذا الرضا صريحا ، بل يكفي أن يكون دلالة كما لو كان وكيلا عن البائع في بيع العقار المشفوع فيه فباعه لمشتريه أو كفله في ثمن العقار المبيع . ولكن يشترط على كل حال أن يكون رضاه غير مشوب بغش أو تدليس ، بأن يعلم بحقيقة الثمن ومقدار المبيع وشخص المشتري فاذا خفى عليه شيء من ذلك ورضي فلا يكون رضاه مسقطا لحقه في الشفعة . فاذا أخبره مخبر بأن الثمن ألف دينار أو ان المشتري هو فلان أو ان المبيع هو نصف الدار ، فرضي ثم تبين أن الثمن ثمانمائة أو ان المشتري ليس من سمي له أو ان المبيع هو كل الدار ، ففي هذه الاحوال يبقى له حق الشفعة ولا يكون رضاه أولا مسقطا لها . والحكمة في هذا واضحة لا تحتاج الى تفصيل .

(١) مختصر الطحاوي ص ١٢٣ ، رد المحتار ج ٥ ص ٢٥٨ ، الزيلعي ج ٥ ص ٢٥٧ ، كشف القناع ج ٢ ص ٣٨ .

(٢) وبهذا أخذ القانون المدني العراقي : انظر الفقرة (هـ) من المادة ١١٣٤ .

وهناك شروط أخرى جاء بها القانون المدني العراقي وقال بعضها بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> .

٣٠٦ - طريق الوصول الى الاخذ بالشفعة او اجراءات طلب الشفعة :

حق الشفعة رخصة أعطاها الشارع لمن قام فيه سبب هذا الحق ليدفع الضرر عن نفسه فان شاء تمسك بهذا الحق وان شاء تركه فالامر متروك لتقدير صاحب الحق نفسه . فاذا أراد الانتفاع به واستعماله فعليه أن يسلك مسالك معينة تنبئ عن رغبته الاكيدة في التمسك بهذا الحق دفعا لما يتوقعه من ضرر محتمل لا يزول الا بأخذ المشفوع فيه بحق الشفعة . فعليه أن يتبع اجراءات طلب الشفعة والا سقط حقه فيها . ونذكر فيما يلي بإيجاز الاجراءات اللازمة للتمسك بحق الشفعة :

٣٠٧ - أن يطلب أخذ المشفوع فيه كله :

ان على الشفيع أن يطلب جميع المشفوع فيه بنقض الطر عن كونه هو الشفيع الوحيد أو ان معه شفعا آخرين في مرتبة أو أدنى منه أو أعلى منه وسواء طلب هؤلاء الشفعة معه أو لم يطلبوها . فالشرط الجوهرى اذن أن يطلب الشفيع أخذ المشفوع فيه كله فاذا طلب بعضه سقط حقه في الشفعة . والحكمة في هذا هو أن الشفيع يطلبه بعض المشفوع فيه يكون قد رضى بشركة المشتري الجديد أو بجواره وهذا يدل على ان لا ضرر يلحقه من مشاركته أو مجاورته ، وحيث ان الشفعة ما شرعت الا لدفع الضرر وقد تبين ان لا ضرر عليه فلا معنى لبقاء الشفعة . وأيضا فان في تجويز طلب بعض المشفوع فيه تفريقا للصفقة على المشتري وفي هذا ضرر عليه فلا يجوز . ولكن لو كان معه شفعا آخرون فطلب أحدهم الشفعة في مقدار نصيبه من المشفوع فيه فهل يسقط حقه في الشفعة أم لا ؟ ذهب الامام أحمد ابن حنبل ومحمد بن الحسن الشيباني وبعض أصحاب الشافعي الى السقوط .

(١) فلا شفعة في البيع بالمزايدة العلنية ولا في البيع بين الزوجين أو بين الاصول والفروع والعواشى الى الدرجة الرابعة ولا في البيع لما يراد جعله محل عبادة : المادة ١١٣٤ .

وقال أبو يوسف ان حقه ثابت لا يسقط الا بمسقط ولم يوجد فيبقى الحق له فان شاء أخذ الكل بالشفعة وان شاء ترك الكل<sup>(١)</sup> . والقول الاول هو الأرجح لما قلناه أولا ولان الشفيع بتركه بعض المشفوع فيه قد أسقط حقه في البعض الآخر ، والشفعة حق ثبت بالشرع غير قابل للتجزئة دفعا للضرر عن الشفيع فلا يبقى على وجه التجزئة فيسقط .

ولكن لو كان المبيع متعدد كدارين مستقلتين فعلى الشفيع أن يطلبهما جميعا على رأي أبي حنيفة وصاحبه . وله أن يأخذ احدهما بحصتها من الثمن المسمى على رأي الامام زفر . احتج أبو حنيفة ان في اباحة الشفعة في احدهما فقط تفريقا للصفقة وفيها الجيد والردى فيتضرر المشتري فلا يجوز . واحتج زفر ان تمايز أفراد المبيع ينفي التضرر لانتفاء الشركة فلا يكون تفريق الصفقة مدعاة للضرر فتجوز<sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ هنا ان تنازل الشفيع عن جميع حقه في الشفعة للمشتري أو لشفيع آخر لا يترتب عليه سوى سقوط حقه هو فيكون كل المشفوع فيه لجميع الشفعاء الآخرين .

#### ٣٠٨ - مراحل الطلب :

قلنا ان الطلب يجب أن ينصب على كل المشفوع فيه وبيننا السبب في هذا الشرط . والآن نبين كيف يجب أن يتقدم الشفيع بهذا الطلب حتى يتم له أخذ المشفوع فيه بحق الشفعة . على الشفيع أولا أن يطلب الشفعة فور علمه بالبيع وهذا ما يسمى بطلب الموائبة . ثم يؤكد هذا الطلب وهذا يسمى بطلب التقرير . ثم يقوم برفع الامر الى القضاء ان لم يسلم له المشتري المشفوع فيه رضاء وهذا ما يسمى بطلب الخصومة . وتكلم فيما يلي عن كل مرحلة بكلمة موجزة :

#### أ - طلب الموائبة :

على الشفيع أن يفصح عن رغبته في المشفوع فيه فور علمه بالبيع بأن

(١) المغني ج ٥ ص ٣٠٣ .

(٢) الكاساني ج ٥ ص ٢٥ المبسوط ج ١٤ ص ١٠٤ .

يقول - في مجلس علمه - ما يدل على رغبته في الشفعة فإذا أخبره مخبر بالبيع وبمقدار الثمن ومقدار المبيع واسم المشتري ثم تشاغل عن هذا الخبر بأمر آخر أو قام من المجلس كان معرضاً عن الشفعة راغباً عنها فيسقط حقه فيها . لأن الشفعة حق ضعيف فتجب المبادرة إليه ، ويروى في هذا الحديث : « الشفعة لمن واثبها » أي أسرع إلى طلبها<sup>(١)</sup> . ولكن لو أخبره المخبر بخلاف الواقع بأن سمي له غير المشتري الحقيقي أو ذكر له أكثر من الثمن الحقيقي فلم يطلب الشفعة لا يعد هذا اعراضاً منه ولا يسقط حقه في الشفعة . والقانون المدني العراقي وسع على الشفع قأباح له أن يظهر رغبته في الشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه بالبيع من قبل البائع أو المشتري<sup>(٢)</sup> .

#### ب - طلب التقرير :

ويلزم الشفع بعد أن أظهر رغبته في الشفعة أن يقوم بما يؤكد هذه الرغبة فيعود إلى طلب الشفعة مرة ثانية عند المشتري أو عند البائع إذا كان المبيع لا يزال في يده أو عند العقار المبيع . ويسمى هذا الطلب بطلب التقرير أو بطلب الاشهاد لأن بعض الفقهاء يشترط الاشهاد عليه ، أما الآخرون فيرون الاشهاد مستحسنًا حفظاً لحق الشفع عند انكار المشتري . ويقتضي أن يكون هذا الطلب بعد طلب الموائبة وأن لا يتجاوز به مدة تمكنه منه فإن لم يقم بهذا الاجراء مع القدرة عليه سقط حقه في الشفعة . هذا وإن طلب الموائبة إذا كان عند المشتري أو البائع أو العقار المبيع أغنى ذلك الطلب عن تكراره واعتبر طلب موائبة لأنه أول طلب ، كما اعتبر طلب تقرير لأنه حصل عند أحد هؤلاء الثلاثة : المشتري أو البائع ، أو العقار المبيع<sup>(٣)</sup> .

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

(٢) المادة ١١٣٨ : على من يريد الاخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اذاره بالبيع اذاراً رسمياً من البائع أو المشتري والا سقط حقه . ويجب أن يتضمن هذا الانذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري . الخ .

(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

فإذا سلم المشتري بحق الشفع في الشفعة وسلمه المبيع فقد تمت الشفعة وإذا أبى المشتري وعارض الشفع ولم يسلم له المشفوع فيه ، فعلى الشفع أن يقوم بالخطوة الثالثة وهي طلب الخصومة .  
ج - طلب الخصومة :

وهذا الطلب يقوم به الشفع إذا نازعه المشتري في المشفوع فيه أو نازعه البائع أن كان المبيع في يده . ومعنى هذا الطلب أن يرفع الأمر إلى القضاء بأن يقيم دعوى الشفعة على المشتري ويدخل البائع في الخصومة إذا كان المبيع لا يزال بيده . أما وقت إقامة هذه الدعوى فمترك إلى رأي الشفع على رأي أبي حنيفة ولا يسقط بالتأخير لأن الحق قد استقر وتأخير المطالبة بالحق لا تسقطه . ويرى محمد بن الحسن وزفر وجوب رفع الدعوى خلال شهر من وقت طلب التقرير . وعند أبي يوسف يجب رفع الدعوى بعد طلب التقرير في أول مجلس للقضاء أي في أول فرصة يمكن رفع الدعوى فيها ويمكن للمقاضي النظر فيها . وما ذهب إليه محمد وزفر هو الراجح لأن في ترك الأمر للشفع دون تهيبها بمدة أضرارا للمشتري بلا مبرر . هذا وإن القانون المدني العراقي نص في المادة (١١٣٩) : « يجب على الشفع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان رغبته والإسقاط حقه » .

٣٠٩ - ما يجب على الشفع أدائه :

الشفع يملك المشفوع فيه بمثل ما تملكه به المشتري إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا . فلا بد إذن من المماثلة والمساواة بين ما دفعه المشتري وبين ما يدفعه الشفع ، لأن الشفع يحل محل المشتري في تملك المبيع وقبضه دفعه فيه . وهذا الأصل وإن كان متفقا عليه بين الفقهاء إلا أنه حصل بعض الاختلاف في تطبيقاته . ونذكر من هذه التطبيقات مسألتين :

( الأولى ) الأجل لي الثمن :

إذا تملك المشتري المبيع بثمن مؤجل أو مسقط فهل يستفيد الشفع

من هذا التأجيل أو التقسيط أم لا ؟ ومبنى الاختلاف هو : هل تعتبر المماثلة والمساواة بين ما دفعه المشتري وما يدفعه الشفيع في مقدار الثمن دون وصفه أم بهما معاً؟ قال الحنابلة المساواة والمماثلة تتحققان بمقدار الثمن وبصفته ، والتأجيل أو التقسيط من صفات الثمن فيلحقان به فيستفيد منهما الشفيع فلا يلزم بدفع الثمن حالا • ولكن اذا لم يكن الشفيع مليئاً فعليه أن يقدم ضماناً مليئاً وبهذا لا يخشى على المشتري من تأخير الثمن • ويقول الحنابلة قال مالك ، وهو أحد القولين عن الشافعي • وقال أبو حنيفة ان الشفيع أما أن يأخذ المشفوع فيه في الحال ويدفع الثمن حالا وأما أن لا يأخذه حتى يحل موعد اداء الثمن فيطلبه رضاء أو قضاء ويسلم الثمن • فكأن الحنفية رأوا ان المماثلة والمساواة تتحققان بقدر الثمن لا به وبوصفه معاً<sup>(١)</sup> •

والقانون المدني العراقي وكذا المصري نصا على أن الشفيع لا يستفيد من الاجل الممنوح للمشتري الا اذا رضي البائع<sup>(٢)</sup> وهذا ما نميل اليه •

#### ( الثانية ) : الحط من الثمن والزيادة فيه :

اذا تم البيع ثم حط البائع من الثمن كأن كان الثمن ( ١٠٠٠ ) دينار ثم حط البائع منه مائة دينار أو زاد فيه المشتري مائة فهل يستفيد الشفيع من الحط ويتحمل الزيادة ؟ عند الحنفية ان المشتري يستفيد من الحط فلا يلزم بالالف في مثالنا وانما عليه أن يدفع تسعمائة لان الحط من الثمن يلحق بأصل العقد فيكون العقد كأنه انعقد ابتداءً بتسعمائة لا بألف • أما الزيادة فانها لا تسري بحق الشفيع لثلا يضار بها فلا تلزمه وان كانت تلحق بأصل العقد • وقال الحنابلة لا يلزم الشفيع الا الثمن الذي استقر على المشتري بتمام العقد ولزومه ، فلا أثر لتقصي الثمن أو زيادته في حق الشفيع ، لان الحط ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع ، والزيادة هبة يعتبر لوصا

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢١٧ • والمغني ج ٥ ص ٣٢٣ • الخلاف للطوسي ج ٢ ص ١٨٣ •  
(٢) أنظر المادة ١١٤٢ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٩٤٥ من القانون المدني المصري •

شروط الهبة ولا يتأثر بها الشفيع • وبقول الحنابلة قال الشافعي  
والجعفرية<sup>(١)</sup> •

٣١٠ - تصرفات المشتري في المشفوع فيه :

وقد يتصرف المشتري في المشفوع فيه بأنواع التصرفات القولية والفعلية  
لانه مالك ومن حق المالك أن يتصرف في ملكه كما يشاء فله أن يستعمله  
ويزيد فيه أو ينقص منه أو يبيعه أو يهبه أو يقفه • ولكن ما حكم هذه  
التصرفات بالنسبة للشفيع اذا تملكه بحق الشفعة ؟ هذا ما نذكره بايجاز  
فيما يلي :

أولاً : اذا تصرف المشتري في المشفوع فيه تصرفاً يخرج من ملكه  
كأن يبيعه أو يهبه أو يقفه • فالجمهور من الفقهاء على عدم سريان هذه  
التصرفات في حق الشفيع فتبطل من تاريخ تملكه للمشفوع فيه ، وفي رواية  
عن أحمد بن حنبل ان الشفعة تسقط اذا كان تصرف المشتري بالمشفوع فيه  
بالوقف أو الهبة • هذا وان الفقهاء يشترطون لنقض هذه التصرفات أن  
يكون تملك الشفيع للمشفوع فيه عن طريق القضاء لا بالتراضي بينه وبين  
المشتري •

والقانون المدني العراقي وكذا القانون المدني المصري نصا على ان  
التصرف الناقل للملكية لا يسري بحق الشفيع اذا قام به المشتري بعد قيام  
الشفيع بإبلاغ رغبته في الاخذ بالشفعة<sup>(٢)</sup> •

ثانياً : التصرفات الفعلية التي يترتب عليها زيادة في قيمة العقار ، وهذه  
اما ان تكون متصلة بالعقار ولا يمكن فصلها عنه ، كصنع الجدران ، وفي  
هذه الحالة على الشفيع أن يدفع للمشتري ما زادته هذه التحسينات في قيمة  
العقار وقت البيع<sup>(٣)</sup> • واما ان تكون الزيادة متصلة بالعقار ولها أمد لقلعها  
كالزرع ، فالمشتري ملزم بدفع أجر المثل للشفيع من تاريخ تملكه الى أوان

(١) الخلاف ج ٢ ص ١٩٠ ، المغني ج ٥ ص ٣٢٢ •

(٢) المادة ١١٤٤ من العراقي ، والمادة ٩٤٧ من المصري •

(٣) الفتاوى الخانية ج ٣ ص ٥٤١ •



بقلمه ، وهذا عند الحنفية • وقال غيرهم كالحنابلة لا أجر عليه • أما البناء يقيمه المشتري أو الأشجار يفرسها ، فنسب أبي حنيفة للشفيع أن ينزى المشتري بقلمها الا اذا أضر القلع بالارض فيملكها بقيمتها متقوضة • وعند الحنابلة ومن وافقهم كالشافعي والليث والاوزاعي ومالك ، الشفيع مخير بين ثلاثة أشياء : ترك الشفعة أو دفع قيمة الفراس والبناء قائما ، أو قلع الأشجار والبناء ويضمن للمشتري ما نقص من قيمتها بالقلع<sup>(١)</sup> • وهذا اذا بنى المشتري أو غرس قبل طلب الشفيع الشفعة أما اذا كان البناء أو الغرس بعد الطلب فان الاستفادة من أقوالهم هو أن المشتري يكون كالغاصب فيؤمر بالقلع أو يملكه الشفيع بقيمته مقلوعا •

والقانون المدني العراقي أخذ برأي مقبول ، فنص على أن الشفيع ملزم بدفع مقدار ما زاد في قيمة العقار للمشتري اذا كان بناؤه أو غرسه قبل أن يبلغ الشفيع رغبته في الشفعة ، أما اذا كان البناء أو الغرس بعد تبليغه رغبته في الشفعة فان للشفيع طلب القلع أو تملكه مقلوعا اذا كان القلع يضر بالارض<sup>(٢)</sup> •

ثالثا : التصرفات الفعلية التي تنقص بها قيمة العقار كأن يهدم المشتري البناء أو يقطع الأشجار ، ففي هذه الحالة يملك الشفيع المشفوع فيه بحصته من الثمن • وهذا الحكم نفسه فيما لو انهدم البناء لا بفعل المشتري ولكن قضاء وقدرًا وهذا قول أبي يوسف والثوري وظاهر مذهب أحمد • وعند غيرهم الشفيع مخير في هذه الحالة بين أن يأخذ المشفوع بالثمن المسمى وبين أن يترك الشفعة<sup>(٣)</sup> •

### ٣١١ - مسقطات الشفعة :

الشفعة حق ضعيف يسقط بأمور كثيرة منها ما قلناه أثناء كلامنا عن أحكام الشفعة وشروطها ، ونجمل الأسباب هنا بما يأتي :

- (١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢١ ، المغني ج ٥ ص ٣١٧ - ٣١٩ •
- (٢) المادة ١١٤٣ •
- (٣) المغني ج ٥ ص ٣١٩ •

أولاً : اسقاط الشفيع حقه في الشفعة صراحة بعد تمام البيع ، أما قبله فلا يكون اسقاطاً لانه غير موجود ، والاسقاط يرد على الحق الثابت الموجود لا المعلوم . هذا ما يذكره جمهور الفقهاء خلافاً للظاهرية<sup>(١)</sup> . والقانون المدني العراقي وكذا المصري نصا على ان التنازل عن حق الشفعة يعد اسقاطاً معتبراً ولو قبل البيع . وهذا ما نرجحه ويوافق قول الظاهرية وله سند من الحديث الشريف : « قضى رسول الله (ص) بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربعة أو حائط ، ولا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك » . . . .

ثانياً : اسقاط حق الشفعة دلالة كما لو صالح الشفيع المشتري على التنازل عن حق الشفعة نظير عوض مالي . فهذا يدل على رضا الشفيع بالمشتري فيسقط حق الشفعة ولا يستحق الشفيع العوض .

ثالثاً : بالتنازل عن حق الشفعة لاحد الشفعاء .

رابعاً : رضا الشفيع بالمشتري صراحة أو ضمناً كمساومته للمشتري في البيع بعد علمه بشرائه من مالكة .

خامساً : عدم القيام باجراءات طلب الشفعة التي ذكرناها أو قيامه بها بعد فوات أوانها .

سادساً : وزال ملك المشفوع به عن ملك الشفيع .

سابعاً : موت الشفيع قبل تملكه المشفوع فيه ولو بعد طلب الشفعة على رأي الحنفية ومن وافقهم .

ثامناً : طلب بعض المشفوع فيه على النحو الذي بيناه من قبل<sup>(٢)</sup> .

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .  
(٢) وقد ذكر القانون المدني العراقي مسقطات الشفعة في ثانياً المواد التي خصصها للشفعة من ذلك الفقرة الاولى المادة (١١٣٩) ومنها عدم ايداعه صندوق المحكمة نصف ثمن المشفوع فيه : ف ٢ من المادة ١١٣٦ ومنها تنازله عن حق الشفعة صراحة أو دلالة : فقرة (د) المادة ١١٣٤ وفقرة (و) من المادة ١١٣٤ .

## الباب الثاني

### نظرية العقد

#### تمهيد

#### ٣١٢ - العقد والتصرف :

العقد في اللغة الشد والربط ، تقول عقدت الحبل اذا شدته ، وعقدت الحبل بذلك اذا ربطته به . والعقدة موضع العقد وهو ما عقد عليه . فالعقد يطلق في اللغة على الجمع بين شيئين أو أكثر وربطهما ، كما يطلق على احكام الشيء وتقويته<sup>(١)</sup> .

وفي اصطلاح الفقهاء « العقد ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي »<sup>(٢)</sup> . والمقصود « بالكلامين أو ما يقوم مقامهما » الايجاب والقبول ، ولهذا عرف العقد بأنه « عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقلين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه »<sup>(٣)</sup> . ومعنى هذا أن العقد ينشأ بين طرفين تتجه ارادتهما الى انشاء أثر قانوني . وبهذا يكون العقد في اصطلاح الفقهاء شبيها لمعناه في الاصطلاح القانوني ، اذ يعرفه رجال القانون بقولهم : « العقد توافق ارادتين على أحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الاثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه »<sup>(٤)</sup> .

#### التصرف :

والتصرف في اصطلاح الفقهاء : كل ما يصدر عن شخص بارادته

- 
- (١) المختار من صحاح اللغة ص ٣٥٠ ، الجصاص ج ٣ ص ٣٦٠ ، تفسير القرطبي ج ٦ ص ٣٢ .  
(٢) الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ١٧١ .  
(٣) مرشد الحيران للاستاذ محمد قدرى باشا ، المادة ١٨٦ ص ٢٧ .  
وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التعريف بالفاظه ، أنظر المادة ٧٣ منه .  
(٤) الوسيط للاستاذ الدكتور السنهوري ص ١٣٨ .

ويرتب الشارع عليه نتائج حقوقية<sup>(١)</sup> . وهو نوعان : تصرف فعلي ،  
وتصرف قولي . فالتصرف الفعلي يتم بفعل مادي غير قولي كالغصب  
والاتلاف . والتصرف القولي هو ما يصدر عن الانسان من قول يرتب  
الشارع عليه أثرا شرعيا<sup>(٢)</sup> . والتصرف القولي ثلاثة أنواع : (الاول)  
تصرف يتكون من قولين صادرين من طرفين ويستلزم توافق ارادتين ، كما  
في البيع والاجارة ونحو ذلك ، وهذا هو العقد . (الثاني) تصرف يتكون من  
قول واحد يصدر من طرف واحد وبارادة واحدة ، وينشأ به التزام الانسان  
بمجرد ارادته وعبارته ، ويتضمن انشاء حق أو انتهاء أو إسقاطه كالوقف  
والطلاق والابراء والتنازل عن حق الشفعة ، وهذا النوع من التصرف  
يسمى بالارادة المنفردة<sup>(٣)</sup> . (الثالث) تصرف ليس فيه ارتباط بين ارادتين ،  
وليس هو ارادة واحدة تتجه الى انشاء حق أو إسقاطه ، وانما هو قول تترتب  
عليه أحكام مدنية جزائية ، كالدعوى ، فهي طلب حق أمام القضاء ،  
وكالاتراف ، فهو اعتراف بحق ثبت في الماضي ، وليس هو انشاء لحق ،  
وكالحلف على نفي دعوى الخصم فهو اخبار تترتب عليه أحكام قضائية  
مدنية ، وكالاتوال التي تكون جريمة تعاقب عليها الشريعة كالقذف<sup>(٤)</sup> .

ومن هذا العرض يتبين لنا وجه العلاقة بين التصرف وبين العقد ،  
فالاول أعم من الثاني ، لان العقد نوع من أنواع التصرف القولي ، وهو  
الذي ينشأ بارتباط ارادتين ويستلزم وجود طرفين . فكل عقد تصرف ،  
وليس كل تصرف عقدا . ومع وضوح هذا المعنى ، فان الفقهاء سلقون في  
كتاباتهم اسم العقد على ما يتكون بارادة واحدة كما يطلقونه على ما يتكون  
بارادتين ، فتراهم يسمون اليمين والنذر والوقف والطلاق عقودا ، كما

(١) المدخل المتقهي انعام للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ص ١٩٤ -

١٩٥ .

(٢) الاستاذ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق . ص ١٦٥ .

(٣) الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص ١٤١ .

(٤) المرجع السابق . ص ١٩٥ .

يسمون البيع والرهن والاجارة عقوداً<sup>(١)</sup> .

### ٣١٣ - الالتزام :

الالتزام ، في الاصطلاح الفقهي ، هو كون الانسان مكلفا ، على وجه الالتزام ، بفعل أو ترك تجاه آخر ، كالالتزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري ، والتزام المشتري بتأديته الثمن ، والتزام الاجير بالعمل المستأجر عليه ، والتزام الوديق بأن لا يتعدى على العين المودعة<sup>(٢)</sup> .

ومن هذا التعريف للالتزام يتبين لنا وجه العلاقة بينه وبين التصرف .  
فالتصرف ، ومنه العقد ، مصدر من مصادر الالتزام ، أي أن التصرف هو السبب المنشئ للالتزام ، والالتزام أثر له .

### ٣١٤ - منهج البحث :

ان تجلية نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، تستلزم الكلام عن تكوين العقد ، والعاقبة ، ومحل العقد ، وعيوب العقد ، والخيارات فيه ، وأقسامه ثم انتهائه بالفسخ وغيره ، وهذا ما سنبحثه في هذا الباب في فصول متتابعة .

---

(١) العقود للإمام ابن تيمية ص ١٨ ، ٢١ ، ٧٨ ، أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٣٦٠ ، ٣٦١ ، اللباب في شرح الكتاب للميداني ج ٣ ص ١٢٨ .  
(٢) الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ .

## الفصل الأول

### تكوين العقد

٣١٥ - تمهيد :

قلنا في تعريف العقد انه عبارة عن ارتباط الایجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المقود عليه . ومعنى هذا ان العقد لا يوجد الا اذا وجد الایجاب والقبول ، والعقدان ، والمحل اي المقود عليه . وعلى هذا اتفاق الفقهاء ، ولكنهم يختلفون في اعتبار هذه الامور كلها أركان العقد ، فغير الحنفية يقولون أنها أركان العقد ، والحنفية يقولون أن أركان العقد هي الایجاب والقبول فقط وأما ماعدا ذلك من المحل والعاقدين فهي لوازم للایجاب والقبول لانه يلزم من وجود الایجاب والقبول وجود موجب وقابل ، ووجودهما مرتبطين يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط<sup>(١)</sup> . ومهما يكن من شأن هذا الخلاف ، فنحن سنتكلم عن هذه الامور تباعا لانها ضرورية لازمة لتكوين العقد ووجوده في الخارج . ونبدأ بالكلام عن الایجاب والقبول في بحث أول ثم نتكلم عما به يتحقق هذا الایجاب والقبول ، وهو المسمى بصيغة العقد ، في بحث ثان .

## لِبَيِّحَاتِ الْأَوَّلِ

### الایجاب والقبول

٣١٦ - تمهيد :

الایجاب ما صدر أولا عن أحد العاقدين ، والقبول ما صدر عن العاقد الآخر ، فإذا قال شخص لآخر : بعثك هذا الكتاب بدينارين ، فقال الآخر قبلت ، كان ما قاله الاول هو الایجاب ، وما قاله الآخر هو القبول . فالعقد

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ .

ينعقد ويكون له وجود خارجي بارتباط الايجاب بالقبول • ولكن يشترط لارتباط الايجاب بالقبول ، على نحو معتبر يترتب عليه انعقاد العقد ، جملة شروط نذكرها تباعا :

٣١٧ - اولا : ان يكون كل منهما معبرا عن ارادة معتبرة في انشاء العقد(١) :  
الارتباط الذي يتكون به العقد ، هو في الحقيقة ، الارتباط بين ارادتي العاقدين ، وابها يستدل على هاتين الارادتين بالايجاب والقبول ، فكان من البديهي أن يشترط في هذا الايجاب والقبول وضوح الدلالة على ارادة كل من العاقدين المتجهة الى انشاء العقد ، فان كان في هذه الدلالة شك لم ينعقد العقد • ولا يلزم في هذه الدلالة الواضحة أن تكون بطريق الحقيقة ، بل يمكن أن تكون بطريق المجاز أيضا • ويشترط أيضا في الايجاب والقبول صدورهما من شخص مميز يدرك ما يقول وبهذا يكون تعبيره معبرا حقيقيا عن ارادته ، فاذا صدرا من مجنون أو نائم أو صبي غير مميز ، كان هذا الايجاب والقبول لقوا لا يترتب عليه شيء ، لانه لا يعبر عن ارادة معتبرة في انشاء العقد ، اذ لا ارادة للمجنون والنائم والصبي غير المميز ومن في حكمهم •

٣١٨ - ثانيا : موافقة القبول للايجاب(٢) :

ويتم توافق الايجاب مع القبول اذا اتحد موضوعهما بأن يراد على معنى واحد بجميع جزئياته ، سواء أكانت هذه الموافقة صريحة أم ضمنية • فلو قال شخص لآخر بعثك هذه السيارة بألف دينار فقال الآخر قبلت • فالموافقة هنا صريحة وكاملة • ولو قالت امرأة لرجل تزوجتك على ألف دينار ، فقال الرجل : قبلت زواجك على ألفي دينار • فالموافقة هنا ضمنية لان قبولها الزواج على ألف قبول ضمني على زواجهما على ألفين بطريق أولى ، لان المقصود بتوافق القبول مع الايجاب توافر الرضا بالعقد بين طرفيه ، فاذا

(١) الاستاذ الشيخ على الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٥٧ •

(٢) البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٦ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٧٧

الشريعة الاسلامية (م-١٩)

كان الاختلاف لا يضر بالطرف الآخر ، بان كان له فيه خير ، انعقد العقد ولم تضر المخالفة والا فلا ينقد العقد<sup>(١)</sup> . ولكن لا يكون القابل ، في مثالا ، ملزما الا بالقدر الذي تضمنه الايجاب ولا يلزم بالزيادة الا اذا قبلته الزوجة في نفس مجلس العقد لانه لا يجوز ادخال شيء في ملك انسان جبرا عنه الا الارث .

أما اذا لم يتوافق القبول والايجاب كلا أو جزء لم ينقد العقد ، كما لو قال شخص لآخر : بعثك هذه السيارة بألف دينار ، فقال الآخر : قبلت بستانك بهذا الثمن . أو قال قبلت شراءها بهذا الثمن مؤجلا . ففي جميع هذه الصور لا ينقد عقد البيع لمخالفة القبول للايجاب كلا أو جزءا . ولكن اذا لم ينقد العقد في هذه الاحوال فان القبول يعتبر ايجابا مبتدأ يتم به العقد اذا صدر قبول من الطرف الآخر موافق له<sup>(٢)</sup> .

٣١٩ - ثالثا : علم كل عاقد بما صدر من الآخر :

ويشترط أن يعلم ويفهم كل عاقد ما صدر من الآخر من ايجاب أو قبول ، لان هذا العلم أساس اتصال ارادتهما ، والارادة خفية ، والعبارة ، أو ما يقوم مقامها ، هي الكاشفة عنها والمظهرة لها ، ولذا لزم أن تكون واضحة مفهومة ، فان لم تكن كذلك لعدم سماع الآخر لها أو لعدم فهمه مدلولها لانها بغير لفته مثلا وصدر من الآخر ما يصح أن يكون قبولا فان العقد لا ينقد<sup>(٣)</sup> .

٣٢٠ - رابعا : اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد :

لا خلاف بين الفقهاء في أن اتصال القبول بالايجاب ضروري لوجود العقد ، ولكنهم اختلفوا في المراد به ، فعند الشافعية : المقصود به صدور القبول فورا عقب الايجاب ، لان الايجاب ينعدم بعد صدوره فاذا صدر القبول لم يصادف ايجابا قائما يتصل به فلا ينقد العقد . ولكن باعتبار

(١) المدخل للفقهاء الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٤٠٠ .

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٣

(٣) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٤٠٢ .



ذلك يسد باب التعاقد ، فاعتبر الايجاب قائما حكما للضرورة ، وحق الضرورة مقضي بالفور فوجب أن يصدر القبول فوراً عقب الايجاب وعند غير الشافعية ، كالحنفية ، ان حق الضرورة لا يقضي بالفورية ، لان من عرض عليه الايجاب بحاجة الى التدبر والتأمل حتى يقبل أو يرفض فالزامه بالفورية تضيق عليه وخرج ، والخرج مرفوع . ولكن من جهة أخرى لا يجوز أن يسمح له أن يتأخر في الرد على الموجب بالقبول أو الرفض لان في هذا ضرراً على الموجب ، والضرر مرفوع اذا لا ضرر ولا ضرار . من أجل هذا ظهرت نظرية مجلس العقد . والغرض منها تحديد المدة التي يمكن أن تفصل القبول عن الايجاب دون ضرر بالموجب ولا بمن عرض عليه الايجاب . فاعتبر الايجاب قائماً ما دام مجلس العقد باقياً فاذا صدر القبول قبل انقضاء المجلس أو اختلافه صادف القبول ايجاباً موجوداً حكماً فيتحقق الاتصال به وينعقد العقد ، واذا صدر القبول بعد انقضاء المجلس لم يلاق ايجاباً قائماً لا حقيقة ولا حكماً فلا يتحقق الاتصال ولا ينقصد العقد<sup>(١)</sup> .

ومجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان ، ويبدأ من وقت صدور الايجاب ، ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين الى التعاقد ولم يصدر من أحدهما اعراض عنه . فاذا تغير المجلس حقيقة أو حكماً اختلف المجلس ، فاذا صدر بعده قبول كان لغوا لا يتحقق به اتصال القبول بالايجاب فلا ينعقد العقد . وتغير المجلس حقيقة يتحقق بانتقال أحدهما من المكان الذي صدر فيه الايجاب الى مكان آخر . وتغير المجلس حكماً يتحقق بصدور ما يدل على الاعراض عن التعاقد من أحد الطرفين<sup>(٢)</sup> . فالشرط ، اذن ، لتحقيق اتصال القبول بالايجاب ، هو صدور كل منهما في مجلس العقد دون أن

---

(١) البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٦ ، مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٢ ص ٢ - ٣ .

(٢) رد المختار للفقهاء المشهور بابن عابدين ج ٤ ص ٢٩ ، والامتياز علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٠ ، ومصادر الحق للسنهوري ج ٢ ص ٢ - ٣ .

يفصل بينهما ما يدل على اعراض من أحد العاقدين على التعاقد ، أي صدور  
القبول في مجلس العقد قبل تغيره على النحو الذي ذكرناه<sup>(٢)</sup> . ومجلس  
العقد ، على النحو الذي بيناه ، إنما هو بالنسبة للعاقدين الحاضرين ،  
أما بالنسبة للمفترقين المتباعدين ، إذا أرادا التعاقد بالرسالة أو الكتابة كأن  
يرسل أحدهما إلى الآخر رسولا بالايجاب أو كتابا إليه به ، فإن مجلس العقد  
ليس هو مكان الارسل أو الكتابة ، ولكن مجلسه حيث يبلغ الرسول رسالته  
إلى المرسل إليه أو حيث يقرأ المرسل إليه ذلك الكتاب ، وعلى المرسل إليه  
أن يرد على الايجاب في مجلس العقد ، فإذا صدر منه القبول قبل تغير  
المجلس انعقد العقد والا لم ينقد على النحو الذي ذكرناه<sup>(٣)</sup> .

#### ٣٢١ - خيار الرجوع :

للموجب أن يرجع عن ايجابه قبل قبول الطرف الآخر ، ومعنى ذلك  
أن الايجاب غير ملزم وللموجب أن يرجع عن ايجابه قبل صدور القبول ،  
وهذا ما يسمى بخيار الرجوع . وهو يقابل حق من وجه إليه الايجاب في  
أن يقبل هذا الايجاب إلى حين انقضاء المجلس وهذا ما يسمى بخيار  
القبول<sup>(٤)</sup> . وخيار الرجوع هو ما عليه جمهور الفقهاء . ويرى أكثر فقهاء  
المذهب المالكي خلاف ذلك ، فعندهم لا يجوز للموجب أن يرجع عن ايجابه  
بل يبقى ملتزما به ، فاما أن يقبل الطرف الآخر ف يتم العقد ، واما أن يرفض  
فيتنعدم الايجاب<sup>(١)</sup> . وعلى هذا التصوير المالكي ، إذا رجع الموجب ثم قبل  
الطرف الآخر في مجلس العقد انعقد العقد بالرغم من رجوع الموجب .  
وحجة هذا لرأي أن الموجب بايجابه التزم أمرا تعلق به حق الطرف الآخر

(٢) وهناك عقود لا يشترط فيها القبول في مجلس العقد وهي :

الوصية والايضاء والوكالة : الأستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦١ .

(٣) الأستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٠ - ٦١ ،

والسنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ٥١ .

(٤) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٨ ، والكاساني ج ٥ ص ١٣٨ ، ومصادر

الحق للسنهوري ج ٢ ص ١ .

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٤٠

ما دام مجلس العقد قائما فلا يجوز له التحلل من التزامه هذا • وحجة الرأي الاول ان في منع الموجب من الرجوع تضييقا عليه وتقييدا لحريته والتزامه بما عدل عنه بدون رضاه ، والتراضي أساس صحة العقود<sup>(٢)</sup> • وهذا الرأي هو الراجح •

### ٣٢٢ - خروج الموجب عن اهليته :

اذا صدر الايجاب ، ثم فقد الموجب اهليته ، كأن جن أو مات قبل قبول الطرف الآخر ، فإن الايجاب يبطل ولا ينقصد العقد بصدور القبول من الطرف الآخر لصدوره بعد انعدام الايجاب<sup>(٣)</sup> •

### ٣٢٣ - العبارة الواحدة واثرها في انشاء العقود :

العقد - كما قلنا - ارتباط ارادتين يعبر عنهما الايجاب والقبول • فهل تستطيع العبارة الواحدة انشاء العقود ؟ أي هل يستطيع الانسان بايجابه فقط أن يكون عقدا ؟ قلنا ان الارادة المنفردة ، وهي نوع من التصرف القولي ، قادرة على انشاء التزام ، وهذا الالتزام ، أو هذا النوع من التصرف القولي ، يسميه الفقهاء عقدا كالوقف والابراء من الدين والجعالة<sup>(٤)</sup> • وقد يترتب على العبارة الواحدة عقد بين شخصين اذا كانت هذه العبارة تعبر عن ارادتين ، وذلك اذا صدرت من شخص له صفتان كما لو كان شخص وكيلًا عن رجل وامرأة في تزويج أحدهما الآخر ، فانه يزوجهما بعبارة واحدة كأن يقول زوجت فلانا بفلاتة • فهذه العبارة تقوم مقام عبارتين ، اذ هي بالنسبة لأحدهما ايجاب ، وبالنسبة للآخر قبول<sup>(٥)</sup> • ولكن جواز انشاء عقد بين شخصين بعبارة واحدة ، أي تعاقد الانسان مع نفسه ، ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، فمنهم من منعه مطلقا كالامام زفر من الخفية • ومنهم من اجازه

(٢) الفقه الاسلامي ، للدكتور محمد يوسف موسى ، ص ٣٢٦

(٣) ابن عابدين ، المرجع السابق ، ج ٤ ص ٢٩ ، مغني المحتاج

ج ٢ ص ٦ •

(٤) الجعالة ، التزام منفردة ، كمن يلتزم بأجير معين لمن

يرد عليه متاعه الضائع •

(٥) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦١ - ٦٢ •

في حالة واحدة هي تزويج الجد حفيديه ببعضهما بأن ينوب عن طرفي العقد وهذا مذهب الشافعي . ومنهم من اجازاه في عقود النكاح دون عقود المعاوضات المالية عدا بعض المستثنيات القليلة كبيع الاب مال الصغير الذي في ولايته من نفسه ، وهذا مذهب الحنفية . ومنهم من اجازاه في عقود المعاوضات المالية وفي النكاح على حد سواء بشرط أن تكون لمن يتولى طرفي العقد صفة تجيز له انشاء العقد لطرفي العقد كما لو كان وكلا عنهما ، وهذا مذهب الحنابلة ومن وافقهم<sup>(٢)</sup> .

## المبحث الثاني

### صفة العقد

٣٢٤ - التعريف بصيغة العقد :

صفة العقد هي ما يتحقق به الايجاب والقبول ، فهي صورته في الخارج التي يوجد بوجودها ، ذلك لان الاساس في وجود العقد هو توجه ارادة العاقدين الى انشائه ، وهذه الارادة أمر خفي مستتر لا سبيل الى معرفته الا بما يدل عليه من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكون الايجاب والقبول ، وهذا الدال على الارادة هو الذي سماه الفقهاء بصيغة العقد<sup>(٣)</sup> . ويشترط لاعتبار هذه الصيغة أن تكون واضحة الدلالة على ارادة المتعاقدين ، ومفهومة لديهم ، من دون شك ولا احتمال لمعنى آخر كالعدة والمساومة ، ولا يضر بعد هذا أن تكون لفظاً أو كتابة أو إشارة أو فعلاً لان المنظور اليه في الصيغة كونها كاشفة ومظهرة لارادة المتعاقدين ، وليس المنظور اليه وسائل هذا الاظهار وذاك الكشف .

٣٢٥ - التعبير عن الارادة باللفظ ، او الصيغة اللفظية :

اللفظ هو الاداة الطبيعية للتعبير عن الارادة ، وينعقد به أي عقد بلا

(٢) البدائع للكاساني ج ٢ ص ٢٣١ - ٢٣٢ ، فتح القدير ج ٢ ص ٤٢٨ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٨ - ٢٣٩ ، نهاية المحتاج ج ٢ ص ١٩٢ - ١٩٣ .  
(٣) الاستاذ محمد سلام مذكور ، تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره ص ٤١٠ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢٦١ .

استثناء ، ومن ثم كانت له منزلة عظيمة عند الفقهاء ، فهو أثر عندهم من غيره ، ومقدم على ما سواه من وسائل التعبير عن الإرادة • ولا غرابة في هذا ، فان البشر عرفوا اللفظ - كأداة للتعبير عن ارادتهم - قبل أن يعرفوا وسائل التعبير الأخرى من كتابة ونحوها ، فأجروا به عقودهم قبل أن يجروها بغيره • وفضلا عن ذلك ، فان اللفظ مزايا عديدة ، فهو أدل من غيره على شخصية المتكلم وحقيقة ارادته ومجموع نفسه<sup>(١)</sup> • ولا يشترط لانقضاء العقد باللفظ الا أن يكون واضح الدلالة على الإرادة ، ولا يهم بعد ذلك أن يكون باللغة العربية أم غيرها ما دام العاقدان يفهمانها ، كما لا يهم أن تكون باللغة العامية أو الفصحى ، بهذا الأسلوب أو ذاك ، بهذه الكلمة أو تلك • ولم يختلف الفقهاء في هذا الأصل الا في عقد النكاح ، فعند فريق من الفقهاء ، كالشافعي ، لا ينعقد عقد الزواج الا بلفظي : النكاح والزواج وما اشتق منهما ، وهذا بحق من يحسن اللغة العربية ، أما بالنسبة لمن لا يحسنها فان عقد النكاح ينعقد باللفظ الذي يؤدي هذا المعنى<sup>(٢)</sup> • وحجة هذا الرأي ان عقد النكاح ليس كسائر العقود الأخرى ، لانه عقد عظيم الخطر شرع لاغراض عظيمة ، كتكوين الأسرة وتكثير النسل ، وثما فيه من معنى العبادة لله بتكثير من يعبدونه في العالم<sup>(٣)</sup> • ولكن الحنفية ومن وافقهم لا يذهبون الى هذا الرأي ، فعندهم لا يقتصر انعقاد النكاح بهذين اللفظين فقط ، بل يجوز انعقاده بألفاظ أخرى على معنى الزواج . لاحتمالها هذا المعنى ووجود قرينة تنفي عنها ارادة غير معنى الزواج • وهذا الرأي هو ما نرجحه ، ذلك ان ما استدل به أصحاب الرأي الأول ليس بالدليل الكافي لما ذهبوا اليه ، فالزواج في القرآن الكريم كما ورد بهذين اللفظين ورد أيضا بغيرهما كالهبة ، قال تعالى : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان

(١) التعبير عن الإرادة ، للدكتور وحيد الدين سوار ص ٢٧٥ •  
(٢) الاستاذ محمد سلام مذكور ص ٥٢٥ • الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٦٦٢ •  
(٣) الفقه الاسلامي ، للدكتور محمد يوسف موسى ، ص ٢٢٩ •

أراد النبي أن يستكبحها خالصة لك من دون المؤمنين ، \* وأما قولهم ان الزواج فيه معنى العبادة ، فهذا قول ضعيف ، فان التصديق والاعتناق اظهر في التعدد من الزواج ، ولا خلاف في جوازهما بأي لفظ يظهر ارادة التصديق والاعتناق<sup>(١)</sup> .

٣٣٦ - وأدل الالفاظ على ارادة انشاء العقد صيغة الفعل الماضي مثل بعث ، ورهنت ، لدلالاتها القاطعة على تحقق ارادة العاقد ، أو هي كما يقول الاستاذ الدكتور السنهوري : « ان صيغة الماضي هي المظهر الواضح للتعبير عن الارادة في مرحلتها النهائية ، ارادة قد جاوزت دور التردد والتفكير والمفاوضة والمساومة الى دور الجزم والقطع والبث والحسم »<sup>(٢)</sup> . أما صيغة المضارع والأمر مثل : أبعتك ، وبعتني فتصلحان لانعقاد العقد ان اقترن بهما ما يدل على ان المراد هو انشاء العقد في الحال وليس المراد بهما شيئاً آخر كالمساومة والوعد ونحو ذلك . ومثل ذلك أيضا استعمال الجمل الاسمية مثل أنا بائم ، أو استعمال كلمة (نعم) في القبول كقول القائل : بعتك ، فيقول الآخر : نعم . فالمنظور اليه في الصيغة اللفظية وضوح دلالة الالفاظ على ارادة انشاء العقد في الحال وصلاحيها لان تكون ايجاباً وقبولاً وعدم احتمالها معنى آخر<sup>(٣)</sup> .

#### ٣٣٧ - التعبير عن الارادة بغير اللفظ :

وكما ينقذ العقد باللفظ ينقذ بشيئه أيضا بما يدل على ارادة انشاءه . وهذه المظاهر الخارجية غير اللفظ التي تصلح للتعبير عن الارادة ، ومن ثم ينقذ بها العقد ، هي : الكتابة والاشارة ، والافعال ، والسكوت ، وتكلم عن كل واحدة منها بكلمة موجزة .

---

(١) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٥٢٥ .  
(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنهوري ج ١ ص ٨٥ .  
(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٢ - ٦٣ وانظر المادة ٧٧ من القانون المدني العراقي .

### ٣٢٨ - الكتابة :

الكتابة هي الوسيلة الثانية للتعبير عن الارادة ، فالكتاب كالخطاب ، كما يقول الفقهاء ، فينقذ بها العقد بأية لغة كانت ما دام العاقدان يفهماها ، وسواء أكان الايجاب والقبول بهما ، أم كان أحدهما كتابه والآخر شفاه ، وسواء أكان ذلك ممن يستطيع النطق أم ممن لا يستطيعه . ولم يستثن الفقهاء من اقلناه الانقذ النكاح ، فلا ينقذ هذا العقد بالكتابة عند حضور الطرفين الا بعد العجز عن النطق<sup>(١)</sup> . ولكن اذا كان التعاقد في الزواج بين غائب وحاضر صح الايجاب بالكتابة على أن يكون القبول باللفظ فلا يكفي فيه الكتابه وحدها<sup>(٢)</sup> .

### ٣٢٩ - الاشارة :

ينقذ العقد باشارة الاخرس المفهومة سواء أكان خرسه أصليا بأن واد هكذا ، أم كان طارئا ووقع اليأس من كلامه<sup>(٣)</sup> . واذا كان الاخرس يعرف الكتابة ، فقد قال بعض الفقهاء بعدم اعتبار اشارته لان الكتابة أدل على التعبير عن ارادته وهو قادر عليها فلا يتحول عنها الى الاشارة . وقال البعض الآخر تعتبر اشارته ما دامت مفهومة اذ هي كالكتابة في الدلالة على الارادة فلا يمنع منها<sup>(٤)</sup> . أما القادر على النطق ، فقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم اعتبار اشارته . وعند بعضهم ، كالمالكية ، تعتبر اشارته لانها كاللفظ وسيلة صحيحة من وسائل التعبير عن الارادة<sup>(٥)</sup> .

### ٣٣٠ - الافعال :

وكما ينقذ العقد بما ذكر من لفظ وكتابة واشارة ، ينقذ أيضا بفعل

---

(١) الكاساني ، المرجع السابق . ج ٥ ص ١٢٨ . والاستاذ علي الخفص . المرجع السابق . ص ٦٣ .  
(٢) الدر المختار ج ٢ ص ٧٢ . والاستاذ مذكور ، المرجع السابق ، ص ٥٣٧ .

(٣) الكاساني ج ٥ ص ١٣٥ .

(٤) الاسماء والانتظار لابن نجيم وحاشية الحموي ص ١٨٨ .

(٥) إل . ج الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣ ، مواهب الجبل للخطيب ج ١ ص ٢٣٩ . انظر المادة ٧٩ من القانون المدني العراقي .

يباشره التعاقدان، أو أحدهما، ما دام ذلك الفعل دالا على إرادة إنشاء العقد، دون أن يلفظا بإيجاب وقبول . ويكون هذا في البيع فيسمى بيع المعاوضة ، كما يكون في الإجارة وغيرهما من ضروب المعاملات المالية<sup>(٢)</sup> . ومن الأمثلة على ذلك أن يسلمك صاحب الخبز رغيفا بعد أن تسلمه ثمنه المعروف ، أو تدخل الحمام ثم تدفع أجرته ، أو تتركب سيارة النقل وتدفع أجرتها المقررة فالعقد في هذه الأمثلة ينقذ بفعل يباشره التعاقدان دون تلفظ بإيجاب وقبول . وقد اختلف الفقهاء في صلاحية الفعل للتعبير عن الإرادة وانقضاء العقد به ، فمنهم من منع ذلك ، كالشافعية ، ومنهم من أجاز به بحدود ضيقة جدا كما لو جرى به العرف ، كالزيدية ، ومنهم من توسع فيه ، بل وأجاز مطلقا ، كالحنبلة والمالكية<sup>(٣)</sup> . وهذا الرأي الأخير هو ما نرجحه ، فالفصل صالح للتعبير عن الإرادة ، لأن انعقاد العقود يقوم على توافر إرادتي العاقدين على إنشاء العقد ، فكل ما يدل على هذا المعنى دلالة واضحة من قول أو فعل يكفي لانقضاء العقد ، وفي هذا يقول الإمام ابن تيمية : « انها - أي العقود - تنقذ بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل ، فكل ما عده الناس بعا وإجارة فهو بيع وإجارة وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال وانقذ العقد عند كل قوم بما يفهمونه من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستقر لا في شرع ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تنوع لغاتهم . . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم إذا كان ما تعاقدوا

(٢) الدكتور محمد يوسف يوسف ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ ،  
الدكتور وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ - ٢٣٥ .

(٣) الدردير والدسوقي ، المرجع السابق ، ج ٣ ص ٣ ، مواهب  
الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٨ ، الروض النضير ج ٣ ص ٢٥٠ - ٢٠٦ ، فتاوى  
ابن تيمية ج ٣ ص ٢٦٧ - ٢٦٨ . ويلاحظ هنا أن الفقهاء متفقون على عدم  
جواز انعقاد عقد الزواج بالأفعال ولو من جانب واحد لا يجب فيه من  
الاحتياط لخطره وعظيم أثره ، وتمييزا له عن المخادنة والسفاح : الاستاذ  
مذكور ، المرجع السابق ، ص ٥٤٠ ، والاستاذ وحيد الدين سوار ، المرجع  
السابق ، ص ٢٣٨ .



به دالا على على مقصودهم ... الى أن قال : وقاعدة ان العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة وهي التي تعرفها القلوب وذلك ان الله سبحانه قال : « الا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » ، فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه ، فلك الآيه في جنس المعاوضات وهذه من جنس التبرعات ولم تشترطا لفظا معينا ولا فعلا معينا يدل على التراضي وعلى طيب النفس ... الى أن قال : وأما السنة والاجماع فمن تتبع ما ورد عن النبي (ص) والصحابه والتابعين من أنواع المبيعات والمؤاجرات والتبرعات فهم ضرورة انهم لم يكونوا يلتزمون الصيغة من الطرفين .. فمن ذلك ان رسول الله (ص) بنى مسجده والمسلمون بنوا المساجد على عهده وبعد موته ولم يؤمر أحد أن يقول وقفت هذا المسجد .. وكان يسأل فيعطى أو يعطى من غير سؤال فيقبض المعطى ويكون الاعطاء هو الايجاب والاخذ هو القبول ... (١) .

### ٣٣١ - السكوت :

الاصل ان التعبير عن الارادة يكون بشيء ايجابي من لفظ أو كتابة أو اشارة أو فعل على النحو الذي ي بناء ، ولا يكون التعبير بشيء سلبي محض . ولكن السكوت ، في بعض الاحيان ، يكون صالحا للتعبير عن الارادة ، اذا حفت به ظروف وملابسات خاصة ، فينقصد العقد على هذا الاساس بايجاب من أحد طرفي العقد وسكوت من الطرف الآخر . فالسكوت ، في هذه الحالات ، يصلح للتعبير عن ارادة القابل لا الموجب لان الايجاب ، كما يقول الدكتور السنهوري ، لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت (١) . وعلى هذا الاساس جاءت القاعدة الفقهية « لا ينسب الى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان » . ومن أمثلة اعتبار السكوت قبولا :

(١) الفتاوى للامام ابن تيمية ج ٢ ص ٢٦٧ - ٢٧٤ . وانظر ايضا  
اعلاه الموقعين لابن قيم الجوازية ج ١ ص ١٨٩ ، ٢٥٢ .  
(١) مصادر الحق للسنهوري ج ١ ص ١٣٠

سكوت البكر عند استئذائها من قبل وليها في الزواج ، يعتبر قبولا منها .  
وسكوت المتصدق عليه عند اعطائه الصدقة يعتبر قبولا لها . وسكوت  
الموقوف عليه يعتبر قبولا منه للوقف وان كان يرتد برده (٢) .

## المبحث الثالث

### الادارة الباطنة والارادة الظاهرة

٣٣٣ - عرفنا مما تقدم ان الارادة هي الاساس في انشاء العقود .  
ولكن لما كانت ارادة الانسان أمرا مستترا باطنيا لم يكن في الامكان الاعتماد  
على هذه الارادة الباطنة ، والتي يسميها الفقهاء بالنية ، في انشاء العقود ، وانما  
كان الاعتماد في ذلك على ما يدل عليها ويظهرها من لفظ أو فعل وهو ما  
سميناه بالايجاب والقبول الذين يكونان صيغة العقد ، وهذه هي الارادة  
الظاهرة ، وعلى أساسها يتكون العقد في الخارج وتترتب عليه آثاره . وانما  
كان التمويل على هذه الارادة الظاهرة في انشاء العقود لانها تعبر عن الارادة  
الباطنة وتكشفها ، ولهذا وجب أن تكون مطابقة لها تماما حتى ينشأ العقد .  
٣٣٣ - ولكن قد يحدث أن يصدر عن الشخص قول ، أو ما يقوم  
مقامه ، ولا يعبر هذا القول عن ارادة صحيحة يعتد بها ، أو لا يطابق هذا  
القول الارادة الباطنة . فهل نعتبر في هذه الحالة القول ، أي العبارة ، أو  
ما يقوم مقامها ، ونحكم بنشوء العقد ، أم نهذر هذه العبارة ونعتد بالارادة  
الباطنة وعلى أساسها نحكم بنشوء العقد أو عدم نشوئه ؟ للجواب على هذا  
السؤال لا بد من بيان الحالات التي يظهر فيها عدم مطابقة العبارات للارادة  
الباطنة ، أو يوجد في احدهما خلل مع بيان حكم كل حالة على حدة :

### ٣٣٤ - الحالة الاولى :

إذا صدرت العبارة من غير قصد الى التلفظ بها ، كما في عبارة النائب  
والجنون والصبي غير المميز ، ففي هذه الحالة لا عبرة بها ولا ينشأ بها

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم وحاشية الحموي ص ٧٨ ، ٧٩ .

عقد ، اذ لا ارادة لهؤلاء ، وانما اعتبرت العبارة لكونها دليلاً معبراً عما في النفس ، فاذا لم توجد ارادة باطنة لاتكون لها دلالتها فينتفي عملها وتهمل<sup>(١)</sup> . أما عبارة السكرن ، فان كان سكره بطريق مباح كما لو شرب المسكر جهلاً به أو اضطراراً أو اكراها ، ففي هذه الحالة لا تعتبر عبارته . ولكن اذا كان سكره بتناول المسكر عن علم به فقد اختلف الفقهاء في اعتبار عبارته . فذهب بعضهم الى اعتبارها وانعقاد العقد بها عقوبة له وزجراً . وذهب البعض الآخر الى اهدارها وعدم الاعتداد بها ، لان السكران لا قصد له فلا تكون عبارته معبرة عن ارادة فتهمل وتعتبر لغواً لا قيمة لها . وهذا القول هو الراجح<sup>(٢)</sup> .

#### ٣٣٥ - الحالة الثانية :

اذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها من غير فهم لمعناها كما لو لقن أعجمي عبارة باللغة العربية تفيد بالايجاب فقال الآخر : قلت . ففي هذه الحالة لا تكون لعبارة الأعجمي قيمة ولا تعتبر ايحاً اذ ليس وراءها ارادة تعبر عنها ، فلا يعتد بها ولا ينقذ بها عقد ولا تصرف .

#### ٣٣٦ - الحالة الثالثة :

اذا صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها ولكن من غير قصد لانشاء عقد بها وانما لغرض آخر كالحفظ والتعليم ، ففي هذه الحالة تهمل هذه العبارة ولا ينقذ بها أي تصرف .

#### ٣٣٧ - الحالة الرابعة :

صدور العبارة خطأ : أي من غير قصد التلفظ بها ولا ارادة معناها .

---

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

(٢) انظر أدلة القولين بشيء من التفصيل في : زاد المعاد ج ٢ ص ٢٠٢ - ٢٠٣ ، أعلام الموقعين ج ٤ ص ٤٠ - ٤٢ ، المغني ج ٧ ص ١١٣ - ١١٤ ، المهذب للشيرازي ج ٢ ص ٨٢ ، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٩ - ٢١١ ، البدائع للكاساني ج ٣ ص ٦٩ ، كشف الاسرار ج ٤ ص ٤٧٤ ، التلويح ج ٢ ص ١٨٥ - ١٨٦ ، مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٤ ، المختصر النافع ص ٢٤١ .

اذ الخطأ هو وقوع الشيء على غير ارادة من وقع منه . كما لو أراد رجل أن يقول لزوجته أنت عالة فجرى على لسانه على غير قصد منه أنت طالقة<sup>(١)</sup> . في هذه الحالة تهمل العبارة وتعتبر لغوا ، لان اللفظ انما اعتبر لدلالته على قصد المتكلم و ارادته لمعناه وموجبه ، فاذا انتفى هذا القصد كان الكلام لغوا لا قيمة له<sup>(٢)</sup> . ويؤيد هذا الرأي الحديث الشريف : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »<sup>(٣)</sup> .

#### ٣٣٨ - الحالة الخامسة :

صدور العبارة على سبيل الهزل : بمعنى ان الشخص يتكلم بالعبارة قاصدا التلفظ بها من غير ارادة انشاء عقد بها . فالهازل يتكلم بالكلام باختياره وهو عالم بمعناه من غير قصد لموجبه أي من غير ارادة الحكم المترتب عليه<sup>(٤)</sup> . وقد اختلف الفقهاء في صحة عبارة الهازل ، فذهب بعضهم الى صحتها وانعقاد العقد بها في التصرفات التي لا يبطلها الهزل وهي النكاح والطلاق والرجعة والعناق ، لورود الحديث فيها ، وهو « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » وفي رواية - والعناق ، وما عدا هذه التصرفات ، من سائر العقود ، فانها تبطل بالهزل . أي لا تنعقد بعبارة الهازل . وذهب البعض الآخر من الفقهاء الى صحة عبارة الهازل وانعقاد جميع العقود بها قياسا على صحة عبارته في العقود والتصرفات التي لا يبطلها الهزل . ومن فرق بين النوعين احتج بالحديث الذي ذكرناه واقتصراره على هذه التصرفات فقط ، وبأن في هذه التصرفات المستثناة حقا لله تعالى وما كان كذلك لا يجوز لاحد أن يهزل فيه ، فاذا جاء بالعبارة التي من شأنها افادة انشاء هذه التصرفات ، نشأ التصرف وثبت الحكم وان لم

- 
- (١) الاستاذ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٧٨  
(٢) تحفة المحتاج لابن حجر ج ٣ ص ٣٦٦ - ٣٦٨ ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ٥٥ و ج ٤ ص ٧٢ ، منهاج الصالحين للمجتهد محسن الحكيم ص ١٨٢ .  
(٣) سبيل السلام للصنعاني ج ٣ ص ٢٣  
(٤) كشف الاسرار ، شرح اصول البزدوى ، ج ٤ ص ١٤٧٧

يقصده كما لو نطق بكلمة الكفر ، لان الانسان لا يجوز له أن يهزل مع ربه ولا بآياته ، وهذا بخلاف التصرفات المالية التي هي محض حق العباد فانها تفسد بالهزل ولا يثبت بها حكم ولا ينقذ بها عقد لعدم قصد الهازل بعبارة انشاء عقد ، ولان الانسان قد يهزل مع غيره فلا يثبت الحكم ولا ينقذ العقد بغير قصده ورضاه<sup>(١)</sup> وهذا القول هو الراجح .

#### ٣٣٩ - الحالة السادسة :

صدور العبارة بالاكراه . والاكراه هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتهديده بأذى لا يحتمله ويقدر الحامل على ايقاعه ويصير الغير خائفا به<sup>(٢)</sup> . وعبارة المكره - اذا ما توافرت شروط الاكراه - لا قيمة لها عند جمهور الفقهاء لانها لم تصدر عن قصد صحيح واردة سليمة ، وانها صدرت بقصد دفع الاذى عن قائلها . وعند الحنفية تعتبر عبارة المكره وينقذ بها العقد وترتب عليه آثاره في العقود والتصرفات التي لا يبطلها الهزل وهي النكاح والطلاق والرجعة والعناق ، أما في غير هذه التصرفات فقد ذهب الاحناف الى عدم اعتبارها صحيحة فلا ترتب عليها آثارها في الحال ولكن اذا أجازها المكره بعد زوال الاكراه فترتب عليها آثارها<sup>(٣)</sup> . وقول الجمهور هو الراجح .

#### ٣٤٠ - الحالة السابعة :

اذا صدرت العبارة وهي تفيد بوضعها انشاء عقد معين ولكن قصد بها القائل انشاء عقد آخر وقامت القرائن على هذا القصد ، ففي هذه الحالة

---

(١) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٦١ ، الاشعباء والنظائر لابن نجيم ص ٣ ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠٩ - ١١١ .  
٥ (٢) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٠٣ .  
(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٦٧ - ٦٨ . وانظر تفصيل أدلة القولين في : الام للشافعي ج ٣ ص ٢٠ ، وأعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠٨ و ج ٤ ص ٤٣ - ٤٤ ، والكاساني ج ٧ ص ١٨٢ - ١٨٤ ، وراد المعاد ج ٢ ص ٢٠٠ ، المغني ص ١١٨ ، المهذب ج ٢ ص ٨٣ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٣ ، منهاج الصالحين ج ٢ ص ١٨٢ .

تكون العبارة معتبرة وينعقد بها العقد المقصود لأن العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ والمياني • وعلى هذا لو قال شخص لآخر وهبتك فرسي بمائة دينار وقال الآخر قبلت كان العقد بيعا لا هبة •

#### ٣٤١ - الحالة الثامنة :

إذا صدرت العبارة بقصد انشاء العقد الذي تفيده هذه العبارة ولكن بقصد تحقيق غرض مباح شرعا كما لو باع عنه لمن يعصره حسرا ، أو باع السلاح لقطاع الطرق أو المتمردين العصاة • فمن الفقهاء من غلب جانب الارادة الظاهرة ، أي العبارة ، وقال مانعقد العقد إذا ما توافرت أركان العقد وشروطه • ومن الفقهاء من غلب جانب الارادة الباطنة فأبطل العقد لبطان هذه الارادة المتجهة الى تحقيق غرض غير مشروع ولم يستد بالمظهر الخارجي للعقد •

وحجة القائلين بتغليب الارادة الظاهرة أن الاحكام في الدنيا تبنى على ما يظهره الانسان لا على ما يبطنه أي على ظاهر الفاظه وعبارته لا على نيته وباعثه على انشاء العقد ، فنحن يجب أن نحكم بالظاهر والله سولي السرائر ، وفي هذا يقول الامام الشافعي ، وهو يحتج لهذا القول ، « أصل ما أذهب اليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة من المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع ، (١) »

وحجة القائلين بتغليب الارادة الباطنة أن النيات في العقود لا يجوز اغفالها ولا اهدارها ، لأن المقاصد معتبرة في العقود والتصرفات كما هي - معتبرة في العادات ، وعلى هذا دل القرآن ، كما في قوله تعالى في النهي عن وصية الضرار : « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار ، فإذا أوصى ضرارا كان ذلك حراما وكان لورثته ابطال هذه الوصية وحرم على الموصى له أخذ

(١) الام للشافعي ج ٣ ص ٦٥ ، وانظر أيضا الام ج ٥ ص ٧١ . و ج ٦ ص ٢٢ .

الموصى به بدون رضاهم • ومن السنة • انما الاعمل بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى • الخ ، فهذا الحديث أصل في ابطال الاحتيال والوصول الى المحرمات والأغراض الفاسدة بالعقود والتصرفات التي ظاهرها الحل والصحة • ويؤيد هذا الرأي أيضا ان الالفاظ انما اعتبرت لدلالاتها على المقاصد ، فاذا ظهر القصد كان الاعتبار له وتقييد اللفظ به وترتب الحكم على أساسه • أما اذا لم يظهر القصد وظل الباعث مستترا فان الواجب في هذه الحالة التقييد بالظاهر وحمل الكلام على ما يدل عليه هذا الظاهر<sup>(١)</sup> •

### القول الراجح :

والراجح من القولين هو القول الثاني ، فالعبرة بالارادة الباطنة لا بالارادة الظاهرة اذا ما ظهرت وانكشفت ، وعلى هذا دلت السنة النبوية ، فقد جاء في الحديث الذي رواه الامام البخاري عن أبي حميد الساعدي أنه قال : استعمل رسول الله (ص) رجلا على صدقات بني سليم يدعى ابن اللثية • فلما رجع قال للنبي (ص) : هذا ما جئته من الزكاة وهذا اهدي الي • فقال النبي (ص) ما معناه : فهلا جلست في بيت أبيك وأملك حتى تأتيك هديتك • ثم قام النبي (ص) خطيبا فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد فاني استعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله فيأتي فيقول : هذا مالكم وهذا هدية أهديت لي ، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى يأتيه هديته • والله لا يأخذ أحد منكم شيئا بغير حقه الا لقي الله يحمله يوم القيامة • الخ<sup>(٢)</sup> • ففي هذا الحديث أكبر الدلالة على اعتبار دلالة الحال على النية المستترة والباعث الخفي ولو لم يدل عليه لفظ في المقد •

(١) اغائة اللهفان ج ٢ ص ٢٩٥ ، اقامة الدليل على ابطال التحليل لابن تيمية ص ٢٢ وما بعدها ، أعلام الموقعين ج ٣ ص ٨٤ •  
(٢) صحيح البخاري ج ٩ ص ٢٨ ، وفتح الباري بشرح صحيح البخاري للعسقلاني ج ١٣ ص ١٤٤ •

وقد ترتب على هذا الخلاف بين القولين خلاف في أحكام بعض المسائل ،  
من ذلك : نكاح المريض مرض الموت بقصد الاضرار بالورثة بادخال وارث  
جديد عليهم • فهي لا تترث من زوجها أخذا بالنية حسب الرأي الثاني ،  
وترث أخذا بالارادة الظاهرة حسب الرأي الاول • وكذلك بيوع الآجال  
كمن يبيع سلعة بثمن مؤجل ثم يشتريها من مبتاعها بثمن أقل من الاول  
نقدا ، فهو صحيح اذا أخذنا بالارادة الظاهرة ، وباطل اذا أخذنا بالارادة  
الباطنة • ومثله أيضا نكاح المحلل باطل اذا أخذنا بالنية وصحيح اذا لم  
نأخذ بها<sup>(١)</sup> .

---

(١) أنظر في هذه المسائل ونحوها : شرح الزرقاني على موطأ مالك ،  
وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك للسيوطي ج ١ ص ٧ ، والمدونة الكبرى ج ٢  
ص ١٣٣ ، ١٧١ ، و ج ٣ ص ٣٩٩ وما بعدها ، والمحلى ج ٩ ص ٢٩ و ج ١٠  
ص ٢٥ وما بعدها ، والمقدمات لابن رشد ج ٣ ص ١٨١ - ١٨٢ ، وبداية  
المجتهد ج ١ ص ١١٧ - ١١٩ ، والمغني ج ٦ ص ٣٢٦ ، ومكشاف القناع ج ٢  
ص ٥ ، و ج ٣ ص ٥١ ، وإبطال التحليل لابن تيمية ص ٤ - ٦ ، وسبل السلام  
ج ٣ ص ٥٢ ، والام ج ٣ ص ٣١ - ٣٢ .



## الفصل الثاني

### محل العقد

٣٤٢ - محل العقد :

هو ما وقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه • وهو يخلف باختلاف العقود ، فقد يكون عينا مالية كما في بيع ساعة أو سيارة في عقد البيع ، وقد يكون منفعة ، كمنفعة الدار المستأجرة في عقد الإجارة • وقد يكون عملا كما لو تعاقد شخص مع طيب على إجراء عملية ، وكما في عمل المزارع والمضارب في عقد المزارعة وعقد المضاربة •

٣٤٣ - شروطه :

يشترط في الشيء ليصلح أن يكون محلا للعقد جملة شروط ، ذكرها الفقهاء ، وكلها ترجع ، في الحقيقة الى قابلية المحل لحكم العقد شرعا ، والى خلود من كل ما يفضي الى نزاع بين طرفي العقد • وهذه الشروط ، على ما ذكرها الفقهاء ، هي :

٣٤٤ - أولا : أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا :

ذلك ان لكل عقد أحكاما وآثارا معينة تظهر في العقود عليه ، أي في المحل ، فاذا لم يكن قابلا لها كان العقد باطلا • وعدم قبول المحل لحكم العقد يرجع الى نهى الشارع عنه ، كما في نهيه عن بيع الميتة مطلقا ، وعن التعامل بالخمير والخنزير بالنسبة للمسلمين<sup>(١)</sup> ، وكنهيه عن نكاح المحرمات على وجه التأييد مثل زواج الاخ بأخته والابن بأمه • وقد يرجع الى أن

---

(١) أما بالنسبة لغير المسلمين فان الخمير والخنزير مال متقوم يحوز التعامل فيه : كتابنا أحكام الذميين والمستأمنين ص ٥٦٧ •

حكم العقد يتنافى وطبيعة هذا المحل أو لما خصص له ، فالخضراوات التي يتسارع اليها الفساد لا تصلح أن تكون رهنا لأن حكم الرهن ، وهو حبس المرهون لا يمكن استيفاء الدين منه عند عدم الاداء ، لا تقبله هذه الاموال<sup>(١)</sup> ، وكذا الانهار العامة والطرق العامة لا تصلح أن تكون محلا لعقد البيع مثلا لمنافاة حكم هذا العقد لما خصصت له هذه الاموال العامة .

#### ٣٤٥ - ثانيا - وجوده حين العقد :

وهذا الشرط في الحقيقة ليس على اطلاقه ولا هو عند جميع الفقهاء ، اذ أن فيه اختلافا وتفصيلا . وجملة القول فيه ان المعلوم الذي يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلا للعقد ولا خلاف في هذا ، كما لو تعاقد شخص مع آخر على حصاد زرع أو تلقيح نخله أو نقل أثاثه ، فبين ان الزرع أو النخل أو الاثاث قد احترق قبل العقد<sup>(٢)</sup> ، وفي هذه الحالة يكون العقد باطلا ولا يترتب عليه أثر ، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي<sup>(٣)</sup> . ولا يشترط وجود المحل عند التعاقد اذا كان منفعة ، وانما الشرط امكان وجودها في المستقبل<sup>(٤)</sup> . ويعمل الفقهاء عدم اشتراط وجود المنفعة عند العقد بأن المنفعة بطبيعتها لا تحدث دفعة واحدة ، وانما تحدث آنا بعد آن وشيئا بعد شيء ، ولهذا صحت عقود الاجارة والمزارعة والمغارسة ونحو ذلك مع عدم وجود المنفعة محل هذه العقود وقت التعاقد ، ولا خلاف في هذا أيضا بين الفقهاء . ولكن اذا كان محل العقد عينا مالية فقد اختلف الفقهاء في شرط وجودها عند العقد ، فذهب أكثر الفقهاء الى اعتبار هذا الشرط في جميع العقود ، معاوضات كانت أو تبرعات الا ما استثني كبيع

- 
- (١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ .  
(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ .  
(٣) نصت الفقرة الاولى من المادة ١٢٧ من القانون المدني العراقي على انه « اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالته مطلقة كأن العقد باطلا » .  
(٤) جاء في المادة ١٢٦ من القانون المدني العراقي : « ويصح أن يكون المحل مالا ، عينا كان أو دينيا أو منفعة ... » .

السلم ، والقاعدة عندهم هي : بيع المدوم لا يجوز • والحجة لهذا الرأي ان للعقد آثارا تظهر في العقود عليه ، ولا يمكن ان تظهر هذه الآثار في معدوم لا وجود له • وكذلك لا يصح عندهم بيع ما لا يتيقن وجوده ، أي ما له خطر العدم ، فلا يجوز بيع اللبن في الضرع ، ولا تاج الحيوان قبل الولادة ولا الثمر قبل ظهوره ، لان محل العقد ، في هذه الحالات ، غير موجودة على وجه اليقين ، بل هو على خطر العدم ، فلا يجوز التعاقد عليه<sup>(١)</sup> . وعند بعض الفقهاء كالمالكية يجوز أن يكون المدوم محلا للعقد بشرط امكان وجوده في المستقبل ، وهذا في عقود التبرعات كالهبة والوقف ، والعملة في هذا الجواز عدم افضائه الى النزاع • كما أجازوا بيع المخضرات بظهور بعضها كالباذنجان والبطيخ ، وعللوا ذلك بأنها لا تظهر دفعة واحدة وانما تظهر شيئا بعد شيء فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج ، والخرج مرفوع بحكم الشريعة<sup>(٢)</sup> • وعند الحنابلة ، لاسيما شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، يجوز أن يكون محل العقد معدوما وقت التعاقد اذا لم يكن فيه غرر أي اذا كان مقدور التسليم ، فالغرر ، أي عدم القدرة على التسليم ، هو المانع من صلاحية الشيء للتعاقد عليه لا كونه معدوما • والشارع نهى عن بيع الغرر ، سواء أكان المبيع موجودا أو معدوما ، فاذا كان المدوم ممكن الوجود عادة في المستقبل ويقدر على تسليمه جاز أن يكون محلا للعقد • واذا كان موجودا وقت العقد ولا يقدر على تسليمه لم يصح التعاقد عليه • وعلى هذا أباح الشارع الاجارة والمساقاة وبيع الثمر قبل بدو صلاحه لعدم الغرر فيه • ولم يجز بيع الحيوان الشارد الذي لا يقدر على تسليمه وان كان موجودا. وقت العقد • فالعملة اذن الغرر لا كون الشيء موجودا أو معدوما • وما ورد عن النبي (ص) من النهي عن بيع المدوم كما في حديث : « لا تبع ما ليس عندك » محمول على عدم القدرة على التسليم

(١) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٣٥٧ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٣٠ ، والدكتور محمد يوسف موسى ،

المرجع السابق ، ص ٣٥٧ .

لا على كونه معدوما<sup>(١)</sup> . وهذا هو الذي يبدو راجحا . وبه أخذ القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup> .

٣٤٦ - ثالثا أن يكون معلوما :

ويشترط في المحل أن يكون معروفا لدى العاقدین ، بحيث لا تكون فيه جهالة تفضي الى النزاع ، لان الشريعة الاسلامية تحرص على سد منافذ النزاع وأسبابه بين المتعاقدين ، ولهذا اشترطت أن يكون معلوما . ويتحقق العلم بالمحل بتعيينه بالإشارة أو بالرؤية ، أو ببيان جنسه ونوعه ووصفه اذا كان من الاموال المثلية . فاذا لم يكن معلوما لدى العاقدین أو كانت فيه جهالة فاحشة كالجهالة بجنس المحل أو نوعه أو وصفه ، كما لو قال بعتك مالا أو حيوانا أو ساعة أو خنعة أو واديو ونحو ذلك كان المحل مجهولا جهالة فاحشة فلا ينعقد العقد . قد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الشرط فاشتراط أن يكون محل العقد بعينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه أو ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة . فان لم يتعين على هذا الوجه كان العقد باطلا<sup>(٣)</sup> . ولكن لو كانت الجهالة بالمحل يسيرة لا تفضي الى النزاع وجرى العرف بالتسامح فيها لم تؤثر في انعقاد العقد ، كما لو باع مائة برتقالة من نوع معين ، أو مائة بيضة دجاجة من النوع الكبير مع تفاوت يسير في أحجامها<sup>(٤)</sup> . وهذا الشرط لا يختلف فيه الفقهاء في عقود المعاوضات كالبيع . ولكنهم يختلفون في اشتراطه في عقود التبرعات . فمنهم

---

(١) القياس لابن تيمية ص ٣ ، واعلام الموقعين ج ١ ص ٣٥٧ وما بعدهما .

(٢) الفقرة ١ من المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي : « يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقعت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والضرر » .

(٣) المادة ١٢٨ من القانون المدني العراقي .

(٤) الاستاذ محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٤٠٥ .

من يشترطه فيها كالشافعية ، ومنهم من لم يشترطه فيها كالحنفية والمالكية ، وهذا الرأي هو الراجح ، لان الجهالة في التبرعات لا تفضي الى نزاع عادة لانها تبرع واحسان صرف كما يقول الامام القرافي<sup>(١)</sup> . وعلى هذا الرأي تجوز هبة البعير الشارد والوصية بسهم من المال<sup>(٢)</sup> .

#### ٣٤٧ - رابعا ان يكون مقدورا على تسليمه :

وهذا الشرط معقول ، لان الغرض من التعاقد وصول كل عائد الى ما يترتب على العقد ، أي تسلم محله ، فيشترط أن يكون هذا المحل مقدورا على تسليمه من قبل الملتزم بالتسليم وقت التعاقد لان الاصل في العقود ترتب آثارها بعد انعقادها . وهذا الشرط لا خلاف فيه بين الفقهاء في عقود المعاوضات . أما في عقود التبرعات ، فبعض الفقهاء كالمالكية لم يشترطه لان المعجز عن التسليم لا يؤدي الى النزاع ولا ضرر فيه على الطرف الآخر . وعلى هذا يجوز هبة البعير الشارد على هذا الرأي ، ولكن لا يجوز ، بالاتفاق ، بيع البعير الشارد ولا بيع الطير في الهواء ولا السمك في الماء ، ولا بيع المال المباح لان الناس فيه سواء ولا اختصاص لاحد قبة قبل احرازه وتملكه لعدم القدرة على تسليم هذه الاشياء التي جرى عليها التعاقد<sup>(٣)</sup> .

---

(١) الفروق للقرافي ج ١ ص ١٤٩ .

(٢) الكاساني ج ٤ ص ١٧٩ .

(٣) الكاساني ج ٥ ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، كشاف القناع ج ٢ ص ١٥ .

## الفصل الثالث

### العقد

٣٤٨ - تمهيد :

العقد هو الذي يباشر العقد ويصدر عنه بالايجاب أو القبول • وليس كل انسان يصلح أن يكون عقدا ويعتبر ايجابه وقبوله • فمن الناس من لاقية لعبارته ، فلا ينقذ بها عقد • ولا يترتب عليها أثر • ومنهم من تعتبر عبارته في بعض العقود والتصرفات دون البعض الآخر ، وبموافقة ارادة أخرى أو بدون هذه الموافقة • ومنهم من تصح عبارته في جميع العقود والتصرفات على وجه الاستقلال أي بدون توقف على موافقة الآخرين • واختلاف الناس في ذلك يرجع الى مدى تمتعهم بالاهلية والولاية ، فمن فقدهما لم يكن لعبارته أي اعتبار ، ومن نقصت فيه احدهما أو كلاهما كان لعبارته اعتبار ناقص ، ومن توافرت فيه على وجه الكمال والتمام اعتبرت عبارته الاعتبار الكامل في جميع العقود والتصرفات • فلا بد ، إذن ، من الكلام عن الاهلية أولا ، ثم عن الولاية ثانيا ، مع بعض ما يتعلق بهما من أبحاث •

### المبحث الأول

#### الاهلية

٣٤٩ - الاهلية في اللغة الصلاحية ، يقال فلان أهل لكذا اذا كان صالحا للقيام به • وفي الاصطلاح الفقهي تنقسم الاهلية الى أهلية وجوب وأهلية أداء •

٣٥٠ - أهلية الوجوب :

هي صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه<sup>(١)</sup> ، أي صلاحيته لان ثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات • وثبت هذه الاهلية

(١) شرح المنار لابن ملك وحاشية الرهاوي ص ٩٣٨

للإنسان بناء على ثبوت الذمة له • والذمة في اللغة العهد ، قال تعالى :  
 « لا يرقبون في مؤمن الا ولا ذمة » وسمي غير المسلمين المقيمين في دار  
 الاسلام على وجه الدوام بناء على عهد بينهم وبين الدولة الاسلامية بأهل  
 الذمة ، أي أهل عهد • والذمة تثبت لكل إنسان حي ، فما من مولود يولد  
 الا وله ذمة وبالتالي تكون له أهلية وجوب<sup>(٢)</sup> • وعلى هذا يمكن القول ان  
 أساس أهلية الوجوب هو حياة الإنسان • وأهلية الوجوب بمعناها الفقهي  
 تعرف عند رجال القانون « بالشخصية القانونية » وهي ثابتة لكل إنسان  
 ويعرفونها بأنها صلاحية الإنسان لان تكون له حقوق وعليه واجبات<sup>(٣)</sup> •  
 وتعريفهم هذا يماثل تعريفها عند الفقهاء •

#### ٣٥١ - أهلية الاداء :

هي صلاحية الإنسان لان يطالب بما له من حق وان يطالب بما عليه  
 من حق الغير ، وأن تعتبر عبارته في انشاء العقود وتترتب عليها آثارها  
 الشرعية<sup>(٤)</sup> • وأساس هذه الاهلية هو العقل والتمييز لا الحياة • ويراد  
 بالتمييز معرفة معاني الالفاظ التي تنشأ بها العقود ، وآثار تلك العقود والغبن  
 فيها من فاحش أو يسير ، ولا اعتداد بشيء من ذلك الا لمن بلغ السابعة من  
 عمره ، أما قبل هذه السن فلا اعتبار لعقله ولا لتمييزه<sup>(٥)</sup> •

#### ٣٥٢ - الاهلية الكاملة والاهلية الناقصة :

كل من أهلية الوجوب والاداء قد تكون ناقصة وقد تكون كاملة نظرا  
 للدوار التي يمر بها الإنسان في حياته من مبدأ تكوينه الى كمال عقله  
 وتمييزه • وهذه الادوار هي دور الجنين ، ودور الانفصال الى التمييز ،

- 
- (١) شرح المنار لابن ملك وحاشية الرهاوي ص ٩٣٨ •
  - (٢) شرح اصول البزدوى ج ٤ ص ٣٥٧ ، وشرح المنار ص ٩٣٨ •
  - (٣) المدخل للقانون الخاص للدكتور عبد المنعم البدر اوى ص ٥٨
  - (٤) شرح مرقاة الاصول ج ٢ ص ٤٣٤ ، واصول الفقه للاستاذ  
 عبد الوهاب خلاف ص ١٥٠ •
  - (٥) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٨٤ •

ودور التمييز الى البلوغ ، ودور البلوغ مع الرشد • وتكلم فيما يلي عن نوع الاهلية التي تثبت للانسان في كل دور من هذه الادوار •

### ٣٥٣ - الدور الاول - دور الجنين :

الجنين في بطن أمه قد ينظر اليه كجزء من أمه يقر بقرارها وينتقل بانتقالها فنحكم بعدم ثبوت الذمة له وبالتالي تنتفي عنه أهلية الوجوب • وقد ينظر اليه من جهة كونه نفسا مستقلة ومنفردا عن أمه بالحياة ومتهيئا للانفصال عنها وصورته انسانيًا مستقلًا فنحكم له بوجود الذمة وبالتالي تثبت له أهلية الوجوب • وقد لوحظت فيه هاتان الجهتان فلم يثبت له الفقهاء ذمة كاملة كما لم ينفوا عنه الذمة مطلقا وانما أثبتوا له ذمة ناقصة صالحة لاكتساب بعض الحقوق فقط وبذلك تكون للجنين أهلية وجوب ناقصة تجعله صالحا لاكتساب بعض الحقوق وهي التي لا يحتاج في ثبوتها الى القبول كالمراث والوصية والاستحقاق في غلة الوقف • أما الحقوق التي تحتاج الى قبول ، كالهبة ، فانها لا تثبت له وأن كانت نفعا محضا ، لانه ليس له عبارة وليس له ولي يقوم مقامه في القبول • ولا يجب عليه أي حق لنقصان أهليته كما قلنا • وهذه الإهلية الناقصة تثبت للجنين بشرط أن يولد حيا • أما أهلية الاداء فلا وجود لها أصلا اذ لا يتصور صدور أي تصرف منه لمجزئه الكامل ولقيامها بالعقل والتمييز وهما متفيان عن الجنين •

### ٣٥٤ - الدور الثاني - دور الانفصال الى سن التمييز (١) :

الجنين متى ما انفصل حيا تثبت له ذمة كاملة فتثبت له أهلية وجوب كاملة فتجب له وعليه الحقوق • وكان ينبغي أن تجب عليه الحقوق كلها لكمال أهلية الوجوب فيه • ولكن لما كان وجوب الحق على الانسان ليس

(١) سن التمييز مقدرة عند الفقهاء ببلوغ الصغير السنه السابعة من عمره ، وهذا التقدير لغرض ضبط الاحكام ، وربما كان أساسه ما جاء في الحديث الشريف بشأن أمر الصغار بالصلاة : مروهم لسبع واضربوهم لعشر ••• وقد جعل القانون المدني العراقي وكذا المصري سن التمييز بلوغ السابعة •



مقصودا لذات الوجوب ، بل المقصود حكمه وهو الاداء ، فكل حق يمكن اداؤه عن الصبي يجب عليه ، وما لا يمكن اداؤه عنه لا يجب عليه<sup>(١)</sup> . فحقوق العباد المالية كضمان المتلفات ونفقة الاقارب ونحو ذلك تجب على الصغير لان اداءها يحتمل النيابة فيؤديها الولي نيابة عن الصغير . وما كان من حقوق العباد عقوبة كالقصاص لا يجب على الصغير لان العقوبات لا تحتل النيابة فلا يسكن أن يعاقب الولي نيابة عن الصغير ، فضلا عن أن فعل الصغير لا يوصف بالأجرام فلا يثبت فيه العقاب . أما أهلية الاداء فمعدومة تماما لانعدام ما تقوم به : هو التمييز بالعقل ، فلا يطالب الصغير باداء ما ثبت عليه من حق وانما يطالب وليه بالاداء . ولعدم أهلية الاداء عند الصغير لا ينشأ عن عبارته أي عقد أو التزام ، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي وكذلك المصري<sup>(٢)</sup> .

### ٣٥٥ - الدور الثالث - دور التمييز الى البلوغ :

ويبدأ هذا الدور ببلوغ الصغير سن السابعة من عمره . والمقصود بالتمييز معرفة معاني الالفاظ التي تنشأ بها العقود ، وادراك الغبن فيها ، فان لم يتيسر له ذلك لم يكن مميزا ، كما لا يعد مميزا قبل بلوغه السابعة وان أدرك شيئا من ذلك<sup>(٣)</sup> . وينتهي هذا الدور بالبلوغ ويعرف بالعلامات الطبيعية ان وجدت والا ببلوغ تمام الخامسة عشرة من عمره عند جمهور الفقهاء . وفي هذا الدور تثبت للصغير أهلية أداء ناقصة لنقصان عقله . ويترتب على هذه الاهلية صحة تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً كقبوله الهبة والوصية . ولا تعتبر تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملكه دون مقابل كالهبة والوصية ، وان أجازها الولي ، لان الاجازة اللاحقة تلحق العقود الموقوفة لا العقود الباطلة ، ولان الولي لا يملك ايقاع

(١) شرح التلويح على التوضيح ج ٢ ص ١٦٣

(٢) المادة ٩٦ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١١٠ من القانون

المدني المصري .

(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .

مثل هذه التصرفات نيابة عن الصغير فلا يملك اجازتها • وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بطبيعتها ، كالبيع والاجارة ، فانها تنعقد من الصغير باعتبار تمتعه بأصل أهلية الاداء ولكن لا تعتبر نافذة لنقصان هذه الاهلية ، وتنفذ اذا أجازها ولي الصغير ، وتبطل اذا لم يجزها • واذا أذن الولي للصغير المعيز بمباشرة أعمال التجارة ، متى ما أنس منه قدرة على ذلك ، كانت تصرفاته معتبرة فيما وقع الاذن فيه ، لان الاذن السابق على التصرف بمنزلة الاجازة اللاحقة له بعد وقوعه ، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي وكذلك المصري<sup>(١)</sup> •

#### ٣٥٦ - الدور الرابع - البلوغ مع الرشد :

اذا بلغ الانسان عقلا رشيدا ثبتت له أهلية اداء كاملة ، وصحت منه جميع العقود والتصرفات دون توقف على اجازة أحد • والمقصود بالرشد ، حسن التصرف في المال وتنميته ، وليس له من معينة فقد يحصل مع البلوغ وقد يتأخر عنه ، وقد يتقدم عليه ولكن لا اعتبار له قبل البلوغ • وهو يعرف بالمعاملة والتجربة •

## المبحث الثاني

### عوارض الاهلية

تمهيد :

٣٥٧ - اذا بلغ الانسان رشيدا كانت أهلية الاداء فيه كاملة كما قلنا ، ولكن قد يعرض له ما يؤثر فيها فتزول معه أو تنقص • وقد يعرض له ما لا يؤثر فيها ولكنه يستتبع الحد من تصرفاته محافظة على ما له من الضياع أو حفظا لحقوق الغير في ماله فتتغير بمض الاحكام بالنسبة لمن عرض له هذا العارض • وهذه العوارض هي التي تسمى بعوارض الاهلية • وهذه

(١) المواد من ٩٨ - ١٠١ من القانون المدني العراقي ، والمواد ٥٤ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ١١٢ من القانون المدني المصري •

العوارض تنقسم الى قسمين : عوارض سماوية ، وعوارض مكتسبة .  
والالى ثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار من الانسان ولهذا  
سببت الى السماء ، لان ما لا اختيار للانسان فيه ينسب الى السماء ، على  
معنى انه خارج عن قدرة الانسان ، مثل الجنون والعته . أما العوارض  
المكتسبة فهي ما كان للانسان فيها كسب واختيار ، وهي نوعان : الاول ،  
ما يكون من نفس الانسان كالهزل والسكر . والثاني ، ما يكون من غيره  
عليه وهذا هو الاكراه . وستكلم فيما يلي عن بعض العوارض السماوية  
والمكتسبة في مطلبين متتاليين .

## المطلب الأول

### العوارض السماوية

#### أولا - الجنون

٣٥٨ - الجنون هو اختلال العقل على نحو يمنع جريان أفعال الانسان  
وأقواله على ما يقتضيه العقل السوي . وهو نوعان : أصلي وطاري . والأصلي  
هو أن يبلغ الانسان مجنونا . والطاريء هو أن يبلغ عاقلا ثم يطرأ عليه  
الجنون . والجنون بنوعيه لا يؤثر في أهلية الوجوب لان أساسها الحياة ،  
والجنون لا يعدم الحياة ، ولكنه يؤثر في أهلية الاداء فيعدها ، لانها تثبت  
بالعقل والتمييز ، والمجنون فاسد العقل عديم الميز . ولهذا كان حكم  
المجنون حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأقواله وأفعاله .

#### ٣٥٩ - الحجر على المجنون :

الجنون من أسباب الحجر . والحجر شرعا هو المنع من التصرفات  
القولية لا الفعلية ، بمعنى عدم انعقادها أو عدم نفاذها ، وفي الجنون المنع  
من انعقادها حتى ولو كانت نافعة للمجنون نفعا محضا كما هو الحكم بالنسبة  
للصغير غير المميز . لان صحة الاقوال والاعتداد بها يكون بالعقل والتمييز ،  
وبدون ذلك لا يمكن اعتبارها حتى ولو أجازها الولي لوقوعها باطلا ، لان

الاجازة اللاحقة لا تلحق التصرفات الباطلة فلا قلبها صحيحة<sup>(١)</sup> . والمجنون محجور لذاته بمعنى ان المجنون متى طرأ على الانسان كان سببا للحجر عليه دون توقف على حكم من القضاء . وعلى هذا لا عبرة بأقواله من حين جنونه . الا أن المجنون كان يفيق في بعض الاوقات فان تصرفاته في حال افاقته تعتبر في حكم تصرفات العاقل أي صحيحة .

هذا ، وان القانون المدني العراقي في أحكامه التي نص عليها بالنسبة للمجنون لم يخرج عن أحكام الفقه الاسلامي ، فقد نص على ان المجنون في حكم الصغير غير المميز وانه محجور لذاته وان تصرفاته في حال افاقته ، اذا كان جنونه غير مطبق ، كتصرفات العاقل<sup>(٢)</sup> . أما القانون المدني المصري فقد خرج ، في بعض ما نص عليه على أحكام الفقه الاسلامي ، فلم يجعل المجنون محجورا عليه الا بقرار من المحكمة ولم يرفع عنه الحجر الا بقرار من المحكمة أيضا وان تصرفاته قبل تسجيل قرار الحجر صحيحة لابطالة الا اذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد مع المجنون أو كان الطرف الآخر على بينة منها . كما ان تصرفاته بعد تسجيل قرار الحجر تكون باطلة بطلانا مطلقا سواء أوقعت في حال افاقته ، ان كان يفيق في بعض الاحيان ، أم وقعت في حال جنونه ، بل وحتى لو وقعت بعد رشده ما ادم قرار الحجر لم يرفع عنه<sup>(٣)</sup> .

#### ثانيا - العته

٣٦٠ - العته اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير<sup>(٤)</sup> . وهو نوعان : (الاول) عنه لا يبقى معه ادراك ولا تمييز ، وصاحبه يكون كالمجنون فتعذر فيه أهلية الاداء دون الوجوب ويكون في الاحكام كالمجنون . (الثاني) عنه يبقى معه ادراك وتميز ولكن ليس كادراك العقلاء وتميزهم . وبهذا النوع من العته يكون الانسان البالغ كالصبي المميز

(١) شرح مرقاة الاصول ج ٢ ص ٤٣٩

(٢) انظر المادتين ٩٤ ، ١٠٨ من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر المواد ٤٥ ، ١١٣ ، ١١٤ من القانون المدني المصري .

(٤) شرح الكنز للزيلعي ج ٥ ص ١٨ .

في الاحكام ، فتثبت له أهلية اداء ناقصة ، أما أهلية الوجوب فتبقى له كاملة . وعلى هذا لا تجب عليه العبادات ولكن يصح منه اداؤها ولا تثبت في حقه العقوبات ، وتجب عليه حقوق العباد التي يكون المقصود منها المال ويصح فيها الاداء نيابة كضمان المثلقات . وتكون تصرفاته صحيحة نافذة اذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وباطلة ان كانت مضرة له ضررا محضا ، وموقوفه على اجازة الولي ان كانت دائرة بين النفع والضرر . هذا وان المعتوه محجور عليه لذاته ، فهو من هذه الجهة كالمجنون .

#### ٣٦١ - المعتوه في القانون المدني العراقي والمصري :

لم يشترط القانون المدني العراقي للحجر على المعتوه حكما من المحكمة فقد جعله محجورا لذاته ، وهذا هو المقرر في الفقه الاسلامي . كما انه جعله كالصغير المميز في الاحكام دون تفريق بين معتوه ومعتوه<sup>(١)</sup> ، وهذا خلاف الاستفادة من أقوال الفقهاء اذ يجعلون العته نوعين كما ذكرنا . اما القانون المدني المصري فقد جعله كالمجنون دون تفريق بين معتوه ومعتوه وطبق عليه أحكام المجنون من جهة الحجر عليه ولزوم صدور حكم الحجر من المحكمة المختصة ومدى اعتبار تصرفاته قبل صدور الحكم وبعده<sup>(٢)</sup> . واعتبار المعتوه في حكم المجنون مخالف لما هو مقرر في الفقه الاسلامي من أن العته ليس هو كالمجنون دائما ، بل في بعض انواعه كما ذكرنا أولا .

#### ثالثا - النوم والاعماء

٣٦٢ - النوم والاعماء يتأفان أهلية الاداء ، لانعدام التمييز في هاتين الحالتين . وعلى هذا لا يعتد بشيء من أقواله مطلقا ، فلو صدر منه ما يصلح بذاته أن يكون ايجابا أو قبولا كان ما صدر منه لغوا لا قيمة له . والاعماء فتور غير طبيعي يعجز به الانسان عن استعمال عقله وسائر قواه<sup>(٣)</sup> .

(١) انظر المادتين ٩٤ ، ١٠٧ من القانون المدني العراقي .

(٢) المواد ٤٥ ، ١١٣ ، ١١٤ من القانون المدني المصري .

(٣) الفقه الاسلامي ، للدكتور محمد يوسف موسى ، ص ٢٣٥ .

#### رابعاً - المرض

٣٦٣ - المقصود بالمرض ، هنا ، مرض الموت ، وهو ما يغلب فيه الهلاك عادة ويتصل به الموت فعلا سواء أوقع بسببه أم بسبب آخر خارجي عنه كقتل أو غرق ونحوهما . ويلحق به جميع الأحوال التي يترقب فيها الموت لأصحابها ولا يفتنون منه في العادة كمن قدم للقصاص ومن أشرف على الفرق<sup>(١)</sup> .

ومرض الموت لا يؤثر في أهلية المريض ، إلا أنه يؤثر في بعض الأحكام بالنسبة له . وموجز القول في ذلك أن حقوق الدائنين والورثة تتعلق ، عادة ، بأموال المدين بعد وفاته ، ولكن لما كان المرض سببا للموت ، فإن تعلق حقوق هؤلاء بمال المدين يثبت من حين حلول المرض أقامته للمرض مقام الموت لأن الحكم يضاف الى السبب<sup>(٢)</sup> . ولصيانه حق الدائنين والوارث يثبت الحجر على المريض بالقدر الذي يتحقق به صيانة هذا الحق وهو جميع أموال المريض بالنسبة للدائنين أن كان دينه مستغرقا للملكة وبمقدار الدين أن لم يكن مستغرقا لها ، وبمقدار الثلثين . . . . . واداء وصايا المريض بالنسبة للوارث . ويثبت هذا الحجر على المريض من حين حلول المرض فيه لأن علة الحجر مرض مميت ، وإذا اتصل بالموت صار المرض من أوله موصوفا بالامانة . ولكن لما كان المرض لا يثبت أنه مرض مميت إلا إذا اتصل به الموت لم يكن اثبات الحجر عليه بالشك ، ولهذا لا يظهر أثر الحجر قبل الموت ، فتصح تصرفاته دون أن يكون للدائنين أو الورثة حق الاعتراض عليها في حال حياته ، وإنما لهم هذا الحق بعد وفاته إذا كان التصرف يضر بحقوقهم ، فلهم عند ذاك نقضها بالقدر الذي يحفظ عليهم هذه الحقوق<sup>(٣)</sup> .

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٩٢

(٢) شرح المنار ص ٩٦١ - ٩٦٢

(٣) مرقاة الوصول ج ٢ ص ٢٤٦ ، شرح المنار ص ٩٦٢ ، والخبزنجي على التوضيح ج ٢ ص ١١٧ .

ويلاحظ هنا ، ان تعلق حق الدائن والوارث بمال المريض لا يمنع أن يكون للمريض حق في أمواله ، فله أن ينفق منها على حاجاته ، كنفقات معيشته وعلاجه ونفقة من تلزمه نفقته ، ولا اعتراض عليه من أحد . كما يلاحظ أيضا ان حق الدائن مقدم على حق الوارث ، فاذا سدد الدين ، نفذت وصايا المريض ان كانت تخرج من الثلث ولم تكن لوارث ، فان كانت أكثر من الثلث أو كانت لوارث توقف الزائد على الثلث والوصية للوارث على اجازة الورثة ، وما بقي بعد ذلك يقسم على الورثة بنسبة سهامهم .

#### ٣٦٤ - نكاح المريض :

نكاح المريض صحيح عند الجمهور ويقع به التوارث . ولا يلزم المريض بدفع أكثر من مهر المثل ، اذا كان المهر المسمى يؤثر في حق الدائن أو كان أكثر من ثلث التركة بعد سداد الدين ، وتكون الزيادة على مهر المثل في هذه الاحوال موقوفة على اجازة الدائنين أو الورثة .

وقد اختلف الفقهاء في ارث الزوجة من زوجها في هذا النكاح . فذهب الاوزاعي الى عدم التوارث بين الزوجين بالرغم من صحة النكاح . وذهب الامام مالك الى فسّاد النكاح وعدم التوارث به<sup>(١)</sup> ، وذهب آخرون كالشافعي ، الى ثبوت التوارث بهذا النكاح<sup>(٢)</sup> وهذا هو الراجح .

#### ٣٦٥ - طلاق المريض :

اذا طلق المريض مرض الموت زوجته المدخول بها طلاقا بائنا بغير رضاها فان الطلاق يقع عند الفقهاء الا أنهم اختلفوا في ميراثها من زوجها . فذهب الجمهور الى انها ترث ردا لقصد الزوج السيء الذي أراد بهذا الطلاق حرمانها من الميراث . وقال الشافعي وأهل الظاهر انها لا ترث لان الطلاق البائن يقطع الميراث ولا عبرة بالقصد الباطن لان الاحكام تبنى على

---

(١) بل ذهب بعض المالكية الى فساد نكاح الذمية ، ويعملون ذلك بأن الذمية قد تسلم فترث زوجها فيتضرر الورثة وهذا غلو لا مبرر له .  
(٢) الام للشافعي ج ٣ ص ٣١ - ٣٢ ، المغني ج ٦ ص ٢٢٦ .

الظاهر والله يتولى السرائر • ومع ان الجمهور قالوا بتوريث المطلقة من زوجها في هذه الحالة الا أنهم اختلفوا في مدى بقاء هذا الحق للزوجة ، فعند الحنفية ترث اذا مات وهي في العدة ، وعند الحنابلة ترث ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج ، وعند مالك ترث مطلقا سواء انقضت عدتها أو لم تنقض ، تزوجت أو لم تتزوج • وعند الجعفرية ترثه خلال سنة من طلاقها ما لم تتزوج • أما اذا كان الطلاق البائن قبل الدخول فقد قال الامام مالك انها ترثه ، وعند الحنفية وجمهور الحنابلة لا ترث وهذا هو الظاهر من مذهب الجعفرية على ما ذكره الطوسي في كتابه الخلاف<sup>(١)</sup> • والراجح قول من قال بتوريثها مطلقا<sup>(٢)</sup> •

#### ٣٦٦ - طلاق المريض في القانون العراقي والمصري :

نص قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على ان المطلقة في مرض الموت ترث زوجها • الا أنه جاء بحكم غريب لا نعلم ان أحدا من الفقهاء قال به وهو ان طلاق المريض مرض الموت لا يقع<sup>(٣)</sup> • أما القانون المصري فقد نص على ان الزوجة المطلقة بائنا في مرض الموت تعتبر في حكم الزوجة بالنسبة للميراث من زوجها اذا كان الطلاق بغير رضاها وترث زوجها اذا مات وهي في العدة<sup>(٤)</sup> •

(١) الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٦ ، ج ٥ ص ٢٣٥ - ٢٣٦ ، الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ - ١٥٣ ، المغني ج ٣ ص ٣٢٩ - ٣٣٢ ، القواعد لابن رجب ص ٣٢٠ ، المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٣٢ •

(٢) لان العلة في توريثها هي دفع الضرر عن هذه المطلقة ، وهذا المقصود لا يحصل الا اذا قلنا بتوريثها مطلقا ، في عدة أو بعدها ، تزوجت أو لم تتزوج ، والقول بخلاف ذلك قد يؤدي الى حرمانها من الميراث اذا مات الزوج بعد العدة بعد زواجها ، أو اذا طلقها قبل الدخول •

(٣) أنظر المادة ٣٥ من قانون الاحوال الشخصية العراقي •

(٤) المادة ١١ من قانون الميراث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ : تعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة اذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في المرض وهي في عدتها •



## المطلب الثاني

### الموارض المكتسبة

#### أولا - السفه

٣٦٧ - السفه في اللغة الخفة ، وفي اصطلاح النقهاء عبارة عن التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل<sup>(١)</sup> . وعد السفه من الموارض المكتسبة لان السفه يعمل باختياره على خلاف مقتضى العقل<sup>(٢)</sup> . وهو يؤثر في بعض الاحكام ، ويظهر هذا الاثر في عدم تسليم المال الى الصبي اذا بلغ سفيها ، وفي الحجر على البالغ العاقل بسبب السفه . فلا بد من الكلام عن هاتين المسألتين وما يتعلق بهما من أحكام .

#### المسألة الاولى

##### في دفع المال لمن بلغ سفيها

٣٦٨ - اتفق الفقهاء ماعدا الظاهرية على ان الصبي اذا بلغ سفيها لا يدفع اليه ماله ، واحتجوا بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما » وانما يدفع اليه المال بعد البلوغ اذا أنس منه الرشد ، أي اذا عرف ، لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » . فابتاء المال يشترط له البلوغ والرشد بنص هذه الآية . وقال الظاهرية ، يدفع المال الى من بلغ عاقلا ، لان الرشد عندهم هو البلوغ مع العقل ، والسفه عندهم هو عدم العقل ، وعلى هذا فمن بلغ عاقلا تحقق فيه الرشد ووجب دفع المال اليه<sup>(٣)</sup> . أما الجمهور ، فلا يرون هذا الرأي ، فالرشد ، عندهم ، الصلاح في العقل والقدرة على حفظ المال وحسن التصرف فيه<sup>(٤)</sup> ، فليس كل عاقل رشيدا وان كان كل رشيد عاقلا .

(١) شرح المنار ص ٩٨٨

(٢) شرح مرآة الاصول ج ٢ ص ٤٥٨

(٣) المحلى ج ٨ ص ٢٨٦ - ٢٨٧ .

(٤) التلويح ج ٢ ص ١٩١ .

وعند الجعفرية ، الرشيد هو البالغ العاقل المصلح لماله والعدل في دينه<sup>(١)</sup> ، فلا يتحقق الرشد بالقدره على حفظ المال فقط وانما به وبالعدالة في الدين • الا أن هذا الرأي ، على ما يبدو ، ليس محل اتفاق عندهم ، فقد ذكر بعض متأخري مجتهديه ان الرشيد هو المصلح لماله دون أن يشترط فيه العدالة في الدين<sup>(٢)</sup> •

٣٩٩ - هل يراد بالرشد حقيقته او مظنته ؟

اختلف الفقهاء في المراد بالرشد على قولين :

القول الاول : المراد بالرشد حقيقته ، فلا بد من وجوده ومعرفته ، فلا يجوز أن يقام مقامه شيء آخر من بلوغ من معينة أو غير ذلك • وعلى هذا القول لا يدفع المال للصبي بعد البلوغ حتى يثبت رشده مهما بلغ من السن ، وحتى لو صار شيخا كبيرا • وهذا قول الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية وأبي يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة<sup>(٣)</sup> • والحجة لهذا القول أن دفع المال بعد البلوغ معلق بايناس الرشد ، فما لم يوجد ويثبت لا يجوز دفع المال الى الصبي بمجرد بلوغه ، لان المعلق على الشرط معدوم قبل وجود الشرط • ولان السقه في حكم منع انثال بمنزلة الجنون والعتة ، وهما يمنعان دفع المال الى من بلغ مجنونا أو معتوها ويستمر المنع الى أن يزول عارض الجنون أو العتة ، فكذلك السقه<sup>(٤)</sup> • والقول الثاني : قول أبي حنيفة ، وعنده المراد بالرشد حقيقته قبل بلوغ سن الخامسة والعشرين ، ومظنته بعد بلوغ هذا السن • فمن بلغ رشيدا وثبت رشده دفع اليه ماله وان لم يبلغ الخامسة والعشرين • ومن بلغ غير رشيد أو لم يعلم رشده انتظرنا بلوغه الخامسة والعشرين ، وعند ذلك يحكم برشده ويدفع اليه ماله ، سواء علم منه الرشد أم لم يعلم ، لان هذه

(١) الخلاف للطوسي ج ٤ ص ١٢١ •

(٢) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ١١٣ •

(٣) المغني ج ٤ ص ٤٥٧ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ١٢١ ، السيد

محسن ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ١١٣ •

(٤) كشف الاسرار ، شرح اصول البزدوي ، ج ٤ ص ١٤٩٠ •

السن مظنة الرشد ولا ينفك عنها الا نادرا ، والاحكام تنى على الغالب لا على النادر ، كما استدلل أبو حنيفة بأدلة ، منها<sup>(١)</sup> :

أ - منع المال عمن بلغ غير رشيد مرده ان السفه قد لا يفارق الانسان في أول أحوال البلوغ ، أما اذا تطاول الزمن بأن بلغ الخامسة والعشرين ، فلا بد أن يستفيد رشدا بطريق التجربة ، لان التجارب تفتح العقول وتبصر الانسان . وبهذا الرشد المستفاد يتحقق شرط دفع المال ، لان الرشد جاء في الآية نكرة فيصدق على أدنى رشد .

ب - ان منع المال عن البالغ العاقل غير الرشيد ، أما ان يكون للتأديب ، واما أن يكون على وجه العقوبة على فعل الحرام وهو التبذير ، واما أن يكون حكما غير معقول المعنى ثبت بالنص . فاذا كان المنع للتأديب ، فالتأديب انما يحسن اذا كان مرجوا نفعه ، أما اذا انقطع الرجاء بأن بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس رشده فلا معنى لاستمرار منع ماله عنه اذ لا فائدة من ذلك فيكون عبثا ، والاحكام لا تشرع للعبث . وان كان المنع على وجه العقوبة فالعقوبة تسقط بالشبهة ، والشبهة هنا قائمة لوجود شيء من الرشد للانسان اذا بلغ هذه السن كما قلنا ، فيلزم دفع المال في هذه الحالة لانه اذا سقط المانع عاد الممنوع . وان كان المنع ثبت بالنص غير معقول المعنى سقط أيضا لان الشرط لدفع المال هو حصول رشد ما ، وقد حصل ببلوغ الخامسة والعشرين .

٣٧٠ - القول الراجح :

مع تسليمنا بقوة أدلة أبي حنيفة ، الا ان ظاهر الآية لا يساعده ، لان دفع المال علق بايناس الرشد لا ببلوغ سن معينة ، وحتى لو ساغ اقامة السن مقام الرشد لامكن الاعتراض عليه من جهة تحديده هذه السن بـ (٢٥) سنة وعدم جعلها أكثر أو اقل منها . وعليه فان قول الجمهور هو الذي يترجح عندي .

(١) اصول البزدوي وكشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٩٠ - ١٤٩١ .

## المسألة الثانية

### الحجر على السفه

٣٧١ - اختلف الفقهاء في جمل السفه سببا للحجر ، سواء آكان أصليا ، بأن يبلغ الانسان سفيها ، أم كان طارئا بأن يبلغ الانسان عاقلا رشيدا ثم يطرأ عليه السفه . ويمكن رد اختلافهم الى قولين :

القول الاول : ذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية والجمهرية ، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحب أبي خنيفة ، الى أن السفه سبب الحجر ، فاذا وجد وجب الحجر على السفه<sup>(١)</sup> .

القول الثاني : المنع من الحجر بسبب السفه ، وهذا قول أبي خنيفة ومذهب الظاهرية<sup>(٢)</sup> .

٣٧٢ - الأدلة<sup>(٣)</sup> :

استدل الجمهور على قولهم ان السفه يحجر بجملته أدلة ، منها :  
آ - جاء في القرآن الكريم : « فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يملّ هو فليملّ وليه بالعدل » . فهذه الآية أفادت نبوت الولاية على السفه ، وهذا لا يتصور الا بعد الحجر عليه .

ب - طلب الامام علي بن ابي طالب من الخليفة عثمان بن عفان الحجر على عبدالله بن جعفر لتبذيره المال ، ولو لم يكن الحجر على السفه جائزا لما طلبه الامام علي .

ج - الحجر على الصغير ثبت لاحتمال تبذيره ، وهذا المعنى موجود في السفه ، فكان الحجر عليه أولى .

---

(١) المغني ج ٤ ص ٤٥٨ ، كشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٩٢ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٢٢ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٨٩ ، المحلى ج ٨ ص ٢٧٨ وما بعدها ، التلويح ج ٢ ص ١٩٢ .

(٣) الجصاص ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٤٧٨ وما بعدها ، المغني ج ٤ ص ٤٥٨ ، كشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٩١ وما بعدها ، الخلاف للطوسي ج ١ ص ١٢٢ - ١٢٣ .

د - السفية لا يحسن التصرف في ماله ، فهو في حاجة الى من يرعاه ويحفظ له ماله ، ولا يتأتى هذا المطلوب الا بالحجر عليه ، كما هو الحكم في الصبي المميز . ولا يقال ان السفية عاص بتبذيره المال فلا يستحق الرعاية ، لاتنا نقول ان المعصية لا تخرج صاحبها عن استحقاق النظر له ورعاية مصلحته ، ألا يرى ان القاتل عمدا لم تخرجه جنايته عن استحقاق النظر له بدليل جواز العفو عنه ، فالسفيه أولى أن تلاحظ مصلحته .

هـ - الحجر على السفيه يدفع الضرر عن الجماعة ، اذ بهذا الحجر يسان ماله فلا يكون عالة على غيره ولا يتحمل بيت المال نفقته ، فيكون هذا الحجر واجبا كما يجب الحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل دفعا للضرر عن الجماعة .

٣٧٣ - واستدل أبو حنيفة بجملة ادلة ، منها :

آ - ان السفيه مخاطب بالتكاليف الشرعية لان الخطاب بالاهلية وهي البلوغ مع العقل ، والسفه لا يوجب تقصا في عقله ولا تميزه ، فيبقى مخاطبا بحقوق الشرع ونصح تصرفاته القولية كالطلاق والنكاح ، ويحبس في ديون العباد ، ويماقب على جرائمه ، ويؤاخذ باقراره بارتكاب الجرائم . فلو كان السفه يبقى معتبرا بعد البلوغ في لزوم الحجر عليه لكان الاولى أن يحجر عليه في اقراره بأسباب العقوبات ، لان ضرر النفس أعظم من ضرر المال .

ب - الانسان ببلوغه عاقلا تكمل أهليته وتم شخصيته ، فالحجر عليه في هذه الحالة اهدار لكرامته وانسانيته ، وهذا لا يجوز . واذا قيل ان الحجر عليه ثبت لمصلحته فالجواب ان ضرر اهدار آدميته والحاقه بالبهائم بالحجر عليه أشد من ضرر اضاعته المال ، والقاعدة الشرعية تقضي بتحمل الضرر الأخف في سبيل دفع الضرر الاشد ، فيكون عدم الحجر عليه من مصلحته .

ج - جاء في الحديث الشريف ان رجلا كان يغبن في البياعات ، فأتى به أهله الى الرسول (ص) طالبين منه الحجر عليه فلم يجبهم الرسول (ص)

الى ما أرادوا ، وانما أمره أن يشترط لنفسه الخيار في البيع ، فلو كان الحجر جائزا لحجر عليه •

د - أما احتجاجهم بآية : « فان كان الذي عليه الحق سفيها •• الخ » فلا حجة لهم فيها ، لان الولي هنا هو ولي الحق لا ولي السفه •  
هـ - واحتجاجهم بطلب الامام علي الحجر على عبدالله بن جعفر لا حجة لهم فيه لكونه محمولا على التخويف لا الالتزام ، أو يحمل على طلب منع المال عنه لعدم بلوغه سن الخامسة عشرة •

و - التبذير معصية ، والمعصية لا تكون سببا للرعاية ، والحجر على السفه من ضرور الرعاية فلا يلزم • والاستدلال بجواز العفو عن القاتل العمد ، مع أن جريمته معصية غليظة والعفو من باب الرعاية والاحسان ، هذا الاستدلال لا ينقض ما قلناه من أن المعصية لا تكون سببا للرعاية لان القاتلين بالحجر يوجبونه على السفه ، والعفو عن القاتل جائز لا واجب •  
ز - قولهم ان الحجر على السفه لدفع الضرر عن الجماعة ، قول مردود ، لان السفه يتصرف في خالص ماله ولا حق لاحد في ماله حتى يمنع من التصرف فيه •

٣٧٤ - القول الراجح :

والراجح هو القول بالحجر على السفه لان ظواهر النصوص تؤيده •  
كما ان في هذا الحجر مصلحة للسفه بحفظ ماله ودفع الضرر عن الجماعة ، ولا يقال ان تصرفه في ماله ولا حق للجماعة فيه ، لاننا نقول ان تصرف الانسان في خالص ماله مقيد بعد الاضرار بالغير ، ألا يرى ان من يتصرف في داره تصرفا يضر الجيران يمنع من ذلك فكذا السفه يمنع من التصرف في ماله لئلا يفتى ماله فيصير عالة على الجماعة وعلى بيت المال ، وهذا ضرر يجب دفعه بالحجر عليه •

٣٧٥ - متى يتم الحجر على السفه ؟

ذهب بعض الفقهاء الى أن السفه محجور بنفس السفه من غير حاجة

الى حكم من المحكمة بالحجر عليه • وحجتهم ان السفه علة الحجر فمتى وجدت وجد المعلول أي الحجر ومتى انتفت انتفى الحجر كما هو الحكم في الجنون والصنر •

وذهب البعض الآخر من الفقهاء الى أن السفه لا يحجر عليه الا بقرار من المحكمة • والحجة لهذا القول ان الحجر مبني مصلحة المحجور ، وهي مترددة بين اثبات الحجر عليه لحفظ ماله وبين ترك الحجر لئلا يهدر قوله ، والترجيح انما يكون للقاضي في الامور المحتملة للوجهين • وأيضا فان السفه ليس شيئا محسوسا وانما يستدل عليه بالغبن في التصرفات ، وقد يكون هذا الغبن احتيالا ولا يثبت الا بقضاء القاضي • وأيضا فان الحجر يختلف فيه بين الفقهاء فلا يثبت الا بقضاء القاضي كالحجر بسبب الدين • واذا ما حجر على السفه بقضاء القاضي ، فان هذا الحجر لا يرفع الا بقضاء القاضي أيضا • والراجح هو القول الثاني ، فلا يحجر على السفه الا بقرار من المحكمة ، وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي كما سنذكره فيما بعد •

٣٧٦ - حكم تصرفات السفينة المحجور :

السفه بعد الحجر عليه كالصغير المميز في التصرفات القابلة للفسخ كالبيع والاجارة ، فتكون موقوفة على من له الولاية عليه اذا كانت مترددة بين النفع والضرر ونافذة اذا كانت نافعة نفعاً محضاً له كقبول الهبة ، وباطلة اذا كانت مضرة به ضرراً محضاً • ولكن يجوز له استحساناً الوضعية في وجوه البر وان لم يكن من أهل التبرع وكذلك يجوز له الوقف على نفسه ثم على جهة خير وبر • أما تصرفاته التي / قبل الفسخ فصحيحة نافذة كالنكاح والطلاق خلافاً للحكم بالنسبة للصغير المميز • ولكن اذا سمي في عقد النكاح أكثر من مهر المثل لم يلزمه الا مهر المثل ولو أذن له القيم بذلك •

٣٧٧ - السفه في القانون المدني العراقي :

أخذ القانون المدني العراقي برأي من قال ان السفه لا يحجر عليه

الا بقرار من المحكمة المختصة ولا يرفع عند الحجر الا بقرار منها<sup>(١)</sup> . فاذا ما تم الحجر كان حكمه حكم الصغير المميز في المعاملات المالية . أما قبل الحجر فحكم تصرفاته حكم تصرفات البالغ العاقل الرشيد الا اذا وقع منه التصرف قبل الحجر بطريق الغش والتواطىء مع الغير<sup>(٢)</sup> ، وهذا استثناء حسن يتفق واصول الشريعة العامة .

والسفيه المحجور وان يكن من أهل التبرع الا أن القانون أجاز له الوصية بثلث ماله<sup>(٣)</sup> ، وهذا هو المقرر فقها . والحكمة في هذا الجواز واضحة لان الوصية تصرف في التركة مضافا الى ما بعد الموت فلا ضرر منها على السفيه في حياته .

ونكاح السفيه صحيح نافذ قبل الحجر وبعده . لان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ اشترط لاهلية الزواج العقل والبلوغ ، ولا شك ان السفيه بالغ عاقل ، وهذا هو المقرر فقها . وكذلك يعتبر طلاقه صحيحا نافذا لان المادة (٣٤) من هذا القانون عدت من لا يقع طلاقهم ولم تذكر معهم السفيه ، وهذا هو المقرر فقها .

٣٧٨ - السفيه في القانون المصري :

قرر هذا القانون ان الحجر على السفيه يكون بحكم من المحكمة وكذا رفعه<sup>(٤)</sup> . أما تصرفاته المالية ، فان صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر ، فانها تكون بمنزلة تصرفات الصغير المميز ، فتتخذ ان كانت نافعة نفعا محضا ، وتبطل ان كانت ضارة به ضررا محضا ، وتكون موقوفة على اذن القيم ان كانت مترددة بين النفع والضرر . أما تصرفاته قبل الحجر عليه فانها لا تكون باطلة أو بيلة للابطال الا اذا وقعت بتسبب استغلال المتعاقدين مع السفيه او تواطئه مع السفيه الذي يتوقع الحجر عليه ، فان لم يثبت شيء من ذلك

(١) المادة ٩٥ ، والمادة ١٠ الفقرة الثالثة .

(٢) المادة (١٠) الفقرة الاولى .

(٣) المادة (١٠) الفقرة الثانية .

(٤) المادة (٦٥) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .



كانت تصرفاته صحيحة<sup>(١)</sup> .

وقد استثنى القانون المصري وصية السفه ووقفه ، فقرر صحتها متى ما أذنت المحكمة بذلك<sup>(٢)</sup> . كما استثنى القانون أعمال الإدارة اذا أذن له القيم بتسليم أمواله لإدارتها وصدر الاذن بالوجه القانوني<sup>(٣)</sup> ، وفي هذه الحالة تسري عليه الاحكام التي تسري على القاصر المأذون<sup>(٤)</sup> .

### ثانيا - السكر

#### ٣٧٩ - تمهيد :

السكر هو زوال العقل بتناول الخمر أو أي مسكر بحيث لا يدري السكران بعد افاقته ما كان قد صدر منه حال سكره<sup>(٥)</sup> . فالسكر يعطل العقل ويعدم التمييز . وكان ينبغي لذلك أن تنعدم به أهلية الاداء ، ولكن الفقهاء لم يقولوا بذلك في جميع حالات السكر ، بل فرقوا بين السكر بطريق مباح والسكر بطريق محظور .

#### ٣٨٠ - السكر بطريق مباح :

ويكون السكر بطريق مباح اذا تناول الانسان المسكر اضطرارا أو اكراها أو عن غير علم بكونه مسكرا أو شرب دواء فأسكره ونحو ذلك . وحكم السكران في هذه الاحوال حكم المغمى عليه فلا تصح عبارته ولا يترتب عليها أثر قانوني ولا ينقذ بها عقد ولا تصرف ، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء .

#### ٣٨١ - السكر بطريق محظور :

ويكون السكر بطريق محظور اذا تناول الانسان المسكر عن علم به

(١) المادة (١١٥) من القانون المدني المصري .

(٢) المادة الخامسة من قانون الوصية المصري ، والمادة ١٦٦ ،

الفقرة الاولى ، من القانون المدني المصري .

(٣) المادة ١١٦ ، الفقرة الثانية من القانون المدني المصري .

(٤) المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال .

(٥) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٢٨ .

ورغبة فيه واختيار له • وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار أقواله وانعقاد العقود والتصرفات بها • ويمكن رد اختلافهم الى القولين التاليين مع مجمل أدلتهم<sup>(١)</sup> •

#### القول الاول :

لا يعتد بشيء من أقواله ولا يترتب عليها أي أثر شرعي ، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا شراؤه ولا سائر عقوده وتصرفاته • وهذا مذهب الظاهرية والجعفرية وعثمان النبي والليث وهو احدى الروايات عن أحمد بن حنبل التي استقر عليها كما نقل الامام ابن القيم ، وهو اختيار الطحاوي من الحنفية •

#### القول الثاني :

تعتبر أقواله وتترتب عليها آثارها الشرعية فيقع طلاقه وسائر تصرفاته القولية • وهذا مذهب الحنفية والشافعية والمالكية على تفصيل واختلاف في بعض التصرفات • فعند الحنفية - مثلا - تعتبر أقوال السكران ما عدا الردة والاقرار بما يحتمل الرجوع • كالإقرار بالزنا •

#### ٣٨٢ - أدلة القول الاول :

آ - السكران لا يعلم ما يقول ، قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة واتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » فالسكران لا يدري ما يقول ، ومن لا يدري ما يقول لا يجوز الزامه بأقواله ولا ترتب أي أثر عليها فعبارة لغو كعبارة المجنون •

ب - ان أقل ما يصح به التصرف القصد أو مظهره ، وليس للسكران واحد منهما •

---

(١) زاد المعاد ج ٢ ص ٢٠٢ - ٢٠٣ ، أعلام الموقعين ج ٤ ص ٤٠ - ٤٢ •  
المغنى ص ١١٣ - ١٢٤ ، المهذب للشيرازي ج ٢ ص ٨٢ ، المحلى ج ١ ص ٢٠٩ - ٢١١ ، الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٤ ، المختصر النافع ص ٢٢١ ، مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ ، بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ٦٩ ، التلويح ج ٢ ص ١٨٥ - ١٨٦ •

ج - لا فرق بين من سكر بطريق مباح وبين من سكر بطريق محظور ، فالأثنان لا عقل لهما ولا تمييز ، فيجب أن يتساويا في الحكم .  
أما كون سكر الاول بطريق مباح وسكر الثاني بطريق محرم ، فهذا تأثيره في ترتيب العقوبة على السكران . ألا يرى ان من كسرت ساقاه صلى قاعدا ومن كسر ساقيه بنفسه صلى قاعدا أيضا ، مع ان الثاني أجرم بكسر ساقيه دون الاول .

#### ٣٨٣ - أدلة القول الثاني :

السكران بطريق محظور هو الذي تسبب بإزالة عقله بتناوله ما هو محرم عليه ، فلا يستحق بمعصيته التخفيف ، فيعتبر عقله قائما تقديرا عقوبة له وزجرا . ولا عجب في ذلك ، فقد يعطى للزائل حقيقة حكم الموجود تقديرا اذا زال بسبب هو معصية لغرض الزجر والردع ، كمن قتل مورثه ، فان المورث يعتبر حيا بالنسبة للقاتل ، عقوبة له ، فلا يرثه . والخلاصة فان الجريمة - كالسكر - لا تصلح سببا للتخفيف عن صاحبها ، بل ان ارتكابها يدل على ان صاحبها قد رضي بجميع النتائج المترتبة على جريمته .

#### ٣٩٤ - القول الرابع :

أدلة القائلين بعدم اعتبار أقوال السكران مقبولة وسليمة ، لان اعتبار القول يكون بالقصد ، ولا قصد للسكران لزوال عقله وتمييزه . أما الزامه بأقواله على وجه العقوبة فلا وجه له فلا يصح ، لان العقوبة تقدر من قبل الشارع ولا تقدر بالرأي ، والشارع لم ينص على الزامه بأقواله ، بل بين ان السكران لا يعلم ما يقول ، ومن لا يعلم ما يقول لا يقصد معنى ما يقوله فلا يترتب على قوله أثر ، كالأعجمي اذا تلفظ بلفظ « الطلاق » وهو لا يعرف معناه لا يترتب على لفظه أثر ولا يقع طلاقه . والقياس على قاتل مورثه قياس مع الفارق لان القاتل قصد قتل مورثه ليستعجل ميراثه فعوقب بحرمانه ، أما السكران فقد قصد السكر ولم يقصد إيقاع التصرف ، فكيف نقول بوقوعه ؟ وحتى لو جاز اعتبار قوله على وجه العقوبة فكيف نوقع عليه

عقوبة تسري الى غيره كما لو طلق امرأته في حال سكره ؟ فالقول الراجح هو القول الاول ، فلا تعتبر أقوال السكران ولا يترتب عليها أثر •

#### ٣٨٥ - حكم السكران في القوانين الوضعية :

نص قانون الاحوال الشخصية العراقي على عدم وقوع طلاق السكران<sup>(١)</sup> ، ولم يقيد ذلك بكون سكره بطريق مباح أو محظور ، فيجب حمل النص على اطلاقه ، فلا يقع طلاق السكران مطلقا • وكذلك لا يقع نكاح السكران بموجب القانون المذكور. لانه اشترط لاهلية النكاح العقل والبلوغ<sup>(٢)</sup> • والسكران زائل العقل فلا ينعقد بعبارة عقد النكاح • وهكذا سائر تصرفاته القولية لان الشرط في صحتها القصد والاختيار ، والسكران لا قصد له ولا اختيار •

وفي مصر نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مادته الاولى على عدم وقوع طلاق السكران دون تفريق بين سكر بطريق محظور وسكر بطريق مباح ، وعلى هذا لا يقع طلاق السكران مطلقا •

## مَبْحَثُ الثَّالِثُ

### الولاية

٣٨٦ - الولاية في اللغة مصدر «ولي» ، يقال ولي الشيء اذا ملأ أمره وكان له التمام به أو عليه • وفي اصطلاح الفقهاء ، الولاية سلطة شرعية في النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعا<sup>(٣)</sup> • فالعقد ، والتصرف عموما ، لا يكون نافذا الا اذا تحقق في العاقد أمران : أهلية الاداء الكاملة والولاية • اذ بالاهلية ينعقد العقد والتصرف ويكون له وجود في الخارج • وبالولاية ينفذ هذا التصرف ويترتب آثاره •

(١) المادة (٣٥) الفقرة الاولى ، من قانون الاحوال الشخصية العراقي •

(٢) المادة (٧) الفقرة الاولى ، من القانون السابق •

(٣) النيابة عن الغير في التصرف ، لاستاذنا الشيخ علي الخفيف ،

### ٣٨٧ - أنواع الولاية :

والولاية بمعناها الفقهي الاصطلاحي ، قد تثبت للشخص على نفسه وماله ، وهذه الولاية الذاتية أو القاصرة • وقد تثبت للشخص على مال غيره أو نفسه وهذه هي الولاية المتعدية •

#### أولا - الولاية الذاتية :

وهذه تثبت للشخص الكامل الاهلية ، أي للشخص البالغ العاقل الرشيد ، فله الولاية التامة على جميع شؤونه وأمواله وتتقد جميع عقوده وتصرفاته في حق نفسه وماله ، ولا يقيد نفاذ هذه التصرفات الا قيد واحد هو عدم الاضرار بالغير • وعلى هذا اذا خلت تصرفاته من الاضرار بالغير نفذت ولا حق لاحد بالاعتراض عليها • وان كانت مضرة بالغير توقف نفاذها على اجازة هذا المتضرر ، كما في تصرفات المدين الضارة بالدائنين ، فانها موقوفة على اجازتهم ، وكما في بيع الراهن العين المرهونة يكون موقوفة على اجازة المرتهن اذا لم يؤد الراهن لم ما عليه من دين<sup>(١)</sup> •

#### ثانيا - الولاية المعتدية :

وهذه الولاية تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسببا لثبوتها • وهي نوعان : أصلية ، ونياية<sup>(٢)</sup> •  
أ - الولاية الاصلية : وهي التي تثبت بسبب الابوة كولاية الاب والجد الصحيح ( أبي الاب ) • فهي تثبت لهما بسبب أمر عارض هو ولادة المولى عليه ، أي الصغير ، لهما • فهما يستمدانها من الشارع ابتداء لهذا السبب ، ولا يستمدانها من شخص آخر عن طريق النيابة •

ب - الولاية النياية : وهذه كما هو ظاهر من اسمها ، تثبت عن طريق النيابة ، أي باستمدادها من شخص آخر • كولاية الوصي ، والوكيل ،

(١) المدخل للفقهاء الاسلامي ، للاستاذ محمد سلام مذكور ، ٤٦٠ •

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، مختصر احكام المعاملات الشرعية ،

والامام • فالوصي يستفيد ولايته ممن أقامه • والوكيل يستفيد ولايته من الموكل • والامام يستمد ولايته من عموم المسلمين بيعتهم له •

#### ٣٨٨ - الولاية على النفس والمال :

والولاية المتعدية ، قد تكون ولاية على النفس ، وقد تكون ولاية على

المال •

#### أولا - الولاية على النفس :

وهذه الولاية ، بمعناها العام ، تتضمن أنواعا عديدة من القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة - وهي ولاية ضم الصغير في سن معينة والقيام على شؤونه فيها من تربيته وتأديبه - وولاية ضمه بعد هذه السن الى من له الولاية على النفس لانتماء تربيته وتوجيهه ، وولاية تزويجه<sup>(١)</sup> •

#### ثانيا - الولاية على المال :

وهذه تخص التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هذه الولاية كالصغير ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه • وتكون هذه الولاية لمن تثبت لهم شرعا كالاب أو وصيه ، والجد أو وصيه ، والقاضي أو وصيه • وهؤلاء الاولياء يقدم بعضهم على بعض حسب حال المولى عليه<sup>(٢)</sup> • فهي تثبت على الصغير للاب باتفاق الفقهاء ، ولكنهم اختلفوا فيمن تثبت له بعد الاب • فعند الحنفية تكون بعد الاب لو صيه ثم لوصي وصيه وهكذا • فان لم يكن وصي كانت للجد الصحيح ، أبي الاب ، وان علا ثم لوصي الجد ، ثم لوصي وصيه وهكذا • فان لم يكن جد ولا وصي جد كانت للقاضي أو وصيه الذي يقيمه • وذهب المالكية والحنابلة الى أن الولاية على الصغير تثبت بعد الاب لو صيه ثم للقاضي أو وصيه • وعند الشافعية تثبت بعد الاب للجد الصحيح

(١) النيابة عن الغير ، للاستاذ علي الخفيف ، ص ٩

(٢) الكاساني ج ٥ ص ١٥٥ ، رد المحتار لابن عابد ج ٢ ص ١٥١ ،

الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٥ ص ١٩٦ ، المغني ج ٤ ص ٤٧١ ، كشاف الصاع ج ٢ ص ٢٣٣ وما بعدها ، منتهى الارادات ج ٢ ص ١٥٤ ، شرح منتهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج ٢ ص ٤٣٦ وما بعدها ، التبرج الصغير للدردير ج ٢ ص ١٣٠ - ١٣١ •

ثم بعده للوصي المختار من اب أو من الجد ، ومن تأخر موته منهما ، ثم للقاضي أو وصيه • وعند الجعفرية تكون الولاية على الصغير لكل من الاب والجد كليهما ، فان اختلفا قدم رأي الجد ، ثم لوصي أحدهما ثم للقاضي • أما الولاية على المجنون والمعتوه ، فقد قال الحنفية ، اذا اتصل المجنون أو العته بالصغير فبلغ الصغير مجنوناً أو معتوها استمرت الولاية لمن كان ولياً على الصغير ، والى هذا القول ذهب أيضاً الشافعية والجعفرية والمالكية والحنابلة • أما اذا بلغ رشيداً ثم طرأ عليه المجنون أو العته ، فرأيان عند الجميع ، رأي يجعلها لمن كانت الولاية له على الصغير ، ورأي يجعلها لمن تعينه المحكمة • واختلف الفقهاء أيضاً في السفه وذوي الغفلة ، فذهب الحنفية الى أن الولاية عليهما تثبت للقاضي أو من يقيمه ، سواء اتصل عارض السفه والغفلة بالصغير أو طرأ بعد البلوغ والرشد • وعند الجعفرية تكون الولاية للقاضي اذا لم يتصل السفه والغفلة بالصغير ، فاذا اتصل ، فنندهم قولان أرجحهما انها تكون للقاضي<sup>(١)</sup> •

### ٣٨٩ - شروط الولاية المالية على الصغير ومن في حكمه :

يشترط في الولي أن يكون ذا أهلية اداء كاملة ، فلا ولاية للصغير ولا للمجنون على مال الصغير ، لانهما لا يملكان هذه الولاية على أموالهما فلأن لا تثبت لهما على مال الغير أولى ، اذ أن فاقد الشيء - كما يقال - لا يعطيه • ويشترط في الولي أيضاً أن يكون أميناً ، قادراً على ما يدخل ضمن ولايته من التصرفات • كما يشترط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه • فلا ولاية لغير المسلم على المسلم باتفاق الفقهاء • وكذلك لا ولاية

(١) النيابة عن الغير ، المرجع السابق ، ص ٥٣ - ٥٥ • هذا وان القانون المدني العراقي نص بمادته (١٠٢) على ان « ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة » • وجاء في المادة ٧٦ من قانون الاحوال الشخصية العراقي : « يشترط في الوصي توفر الاهلية القانونية والشرعية » ومعنى هذا توافر الشروط التي نص عليها فقهاء الشريعة والتي ذكرنا خلاصتها في أعلاه •

الشريعة الاسلامية (م - ٢٢)

للمسلم على غير المسلم عند جمهور الفقهاء<sup>(١)</sup> خلافا للجمعرية اذ تجوز عندهم هذه الولاية<sup>(٢)</sup> . أما ثبوتها بين غير المسلمين فجائزة بلا خلاف بين الفقهاء<sup>(٣)</sup> . واذا استوفى الولي هذه الشروط ثم أصبح غير أمين وجب عزله ، وان طرأ عليه العجز لا يعزل ، بل يضم اليه القاضي من يعينه ليكمل نقصه ويحصل مقصود الولاية<sup>(٤)</sup> .

#### ٣٩٠ - تصرفات الولي :

يشرط في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة المولى عليه ، أي الصغير ومن في حكمه ، لأن هذه الولاية لم تثبت الا رعاية لمصلحة الصغير ومن في حكمه كالمجنون ونحوه ، يدل على ذلك قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن » وعلى هذا الاساس لا يملك الولي انشاء العقود والتصرفات الضارة بالمولى عليه ضررا محضا كالهبة وسائر التبرعات . وله مباشرة التصرفات النافعة كقبول الهبة والوصية والكفالة لمال المولى عليه . أما العقود والتصرفات المتردة بين النفع والضرر ، أي التي تحتمل بطبيعتها النفع والضرر ، كالبيع والشراء والاجارة ، فيجوز للولي مباشرتها برأيه واجتهاده بشرط أن لا يكون فيها غبن فاحش ، فان كان لم تنفذ في حق المولى عليه .

وما ذكرناه هو القاعدة العامة في تصرفات الاولياء . وهناك بعض

---

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ ، شرح منتهى الارادات ج ٥ ص ١٥٤ ، منهج الطلاب وحاشية البجيرمي ج ٢ ص ٤٤١ ، الكاساني ج ٥ ص ١٥٣ .

(٢) جاء في كتاب الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية ، تأليف الشيخ عبد الكريم رضا الحلبي ، في المادة ٣٩ ، ص ١١ : « لا ولاية في النكاح ولا في المال لذمي على مسلم » . وتثبت للمسلم على الذمي .

(٣) كتابنا احكام الذميين والمستأمنين في دار السلام ص ٤٦١ .

(٤) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ . هذا ، وان القانون المدني العراقي اجاز للمحكمة ان تقيد من ولاية الولي أو تسلبه هذه الولاية اذا عرف عنه سوء التصرف : انظر الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ .



الفروق بين الاولياء من جهة مدى ما يباح لهم اجراؤه من العقود والتصرفات فمن ذلك ان الاب له أن يبيع مال الصغير لنفسه ، كما له أن يشتري للصغير مال نفسه ، بينما لا يجوز هذا لو وصي الاب عند جمهور الفقهاء ، وأجازوه بعضهم بشرط الخيرية ، أي بشرط أن يكون في ذلك نفع ظاهر للمولى عليه بأن يشتري الولي مال الصغير لنفسه بنصف قيمته وأن يبيعه مال نفسه بنصف قيمته<sup>(١)</sup> .

## المبحث الرابع

### الوكالة

٣٩١ - تمهيد :

الوكالة ، نوع من أنواع الولاية كما ذكرنا ، وهي في اللغة تطلق على معان منها الحفظ والتفويض والاعتماد . وفي اصطلاح الفقهاء : إقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم قابل للنابة<sup>(٢)</sup> . كما لو وكل انسان آخر في بيع داره أو فرسه .

٣٩٢ - ركن الوكالة :

ركن الوكالة الايجاب والقبول كما هو الحال في سائر العقود . فتعقد الوكالة بأية عبارة تصدر من الموكل دالة على الانابة والتوكيل ، أو بما يقوم مقامها من كتابة أو اشارة ، وبقبول من الآخر بالقول ، أو بالفعل كما

(١) أنظر تفصيل ما يباح للاولياء من التصرفات وما يباح : البدائع للكاساني ج ٥ ص ١٣٦ وما بعدها ، وكشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٤ وما بعدها ، والاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦٣ - ١٦٤ . هذا وان القانون المدني العراقي اثار الى بعض ما يشترط في تصرفات الاولياء وما يباح لهم . ومن ذلك ما جاء في المادة (١٠٣) : « الاب والجد اذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما يمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد ونفذ . أما اذا عرفا بسوء التصرف فللمحاكم أن يقيد من ولايتهما أو أن يسلبهما هذه الولاية » .

(٢) الاستاذ احمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، والاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٠ . وعرفت المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي الوكالة بقولها : « الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم » .

لو قال شخص لآخر وكلتك في كذا وسكت الآخر ثم باشر ما وكله • ولا يشترط لانعقادها اتحاد المجلس ، فلو وكله في غيبته فعلم بما وكله فيه ثم باشره صحت الوكالة ولكن لو ردّ الايجاب ثم باشر ما وكله به كان في عمله فضوليا يتوقف نفاذه على اجازة الموكل •

والوكالة تنعقد منجزة ومعلقة ، ومضافة الى المستقبل • فلو قال وكلتك بيع داري فقال الآخر قبلت ، انعقدت منجزة • ولو قال وكلتك بيع داري اذا سافرت الى خارج العراق فقبل الآخر التوكيل ، انعقدت معلقة • ولو قال وكلتك بقبض رواتبي ابتداء من الشهر القادم فقبل الآخر انعقدت مضافة الى المستقبل • وانما جازت الوكالة في جميع هذه الحالات لان في الناس حاجة الى عقدها بجميع هذه الصور<sup>(١)</sup> •

#### ٣٩٣ - شروط الوكالة :

لا بد لانعقاد الوكالة وصحتها من توافر شروط معينة في كل من الموكل والوكيل وما يجري فيه التوكيل • وتتكلم فيما يلي عن هذه الشروط بايجاز :

#### اولا - ما يشترط في الموكل :

يشترط في الموكل أن يكون مالكا للتصرف الذي يوكل فيه الغير ، أي أن يكون أهلا لمباشرة التصرف لنفسه • وفي هذا يقول صاحب المغني : « كل من صح تصرفه بشيء لنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا أو امرأة ... » الى آخر ما قال<sup>(٢)</sup> • وهذا شرط معقول ، لان الوكيل يستمد ولايته من موكله فاذا لم يملك الموكل مباشرة تصرف ما لم يستطيع أن يوكل غيره فيه ، لان الانسان لا يستطيع أن يملك غيره ما لا يملك هو ، وفاقد الشيء لا يعطيه كما يقولون ... وعلى هذا لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز مطلقا ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضررا

(١) المغني ج ٥ ص ٨٥ ، الكاساني ج ٦ ص ٢١ ، كشف القناع ج ٢ ص ٢٣٢ •

(٢) المغني ج ٥ ص ٧٩ •

محضاً ولو أذن به الولي ، ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا توقف على إذن الولي ، وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر اذا أجازة الولي ، وبدون هذه الاجازة ان كان الصبي المميز مأذوناً بالتجارة ، وبهذا أخذ القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> . ويصح توكيل السفهه فيما يملك مباشرة من التصرفات .

ثانياً - ما يشترط في الوكيل :

يشترط في الوكيل أن يكون ذا عبارة معتبرة أي عاقلاً مميزاً ولسكن لا يشترط فيه البلوغ ولا الرشد ، فيصح توكيل كاملة الاهلية وناقضها ، ولا يختلفان الا في حقوق العقد فهي ترجع الى الموكل اذا كان الوكيل ناقص الاهلية وترجع الى الوكيل نفسه اذا كان كامل الاهلية<sup>(٢)</sup> . ولا يصح أن يكون الوكيل مجنوناً ولا صيماً غير مميز لان عبارة كل منهما غير معتبرة مطلقاً ولا ينقذ بها أي تصرف . وذهب فريق من الفقهاء كالشافعية والحنابلة ، الى أن الشرط في الوكيل أن يكون مالكا مباشرة التصرف لنفسه ، لان القاعدة « من لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه »<sup>(٣)</sup> . وعليه هذا لا يصح أن يكون الصبي المميز وكيلًا الا فيما يملك مباشرة لنفسه كقبول الهبة .

ثالثاً - ما يشترط في الموكل فيه :

أ - أن يكون معلوماً للوكيل ، ولا تضر الجهالة اليسيرة فيه اذا كانت الوكالة خاصة ، ولا الجهالة الفاحشة اذا كانت الوكالة عامة كما لو قال لوكيله اشتر لي ما شئت . فاذا سلم محل الوكالة من الجهالة على النحو الذي ذكرناه ، جاز أن ترد الوكالة على جميع العقود والتصرفات ، التي تقبل

(١) الفقرة الاولى من المادة ٩٣٠ من القانون المدني العراقي .

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٢ . وقد أجاز القانون المدني العراقي أن يكون الوكيل صبياً مميزاً ولم يشترط فيه البلوغ ، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ٩٣٠ : « ويشترط أن يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً ، فيصبح أن يكون الصبي المميز وكيلًا وان لم يكن مأذوناً » .

(٣) المغنى ج ٥ ص ٧٩ - ٨٠

النيابة • فيجوز التوكيل بالخصومة أي بالتقاضي والترافع أمام القضاء ، وبالبيع والشراء والهبة ، والزواج والطلاق وغير ذلك من العقود والتصرفات التي يملك الموكل مباشرتها لنفسه • وهكذا وسع التشريع الاسلامي دائرة الوكالة وما يصح أن يكون فيه التوكيل ، وهذا ما امتازت به الشريعة الاسلامية على القانون الروماني وغيره من القوانين القديمة<sup>(١)</sup> •

ب - أن يكون من التصرفات الجائزة شرعا ، فلا يجوز التوكيل في انتخب والاعتداء على مال الغير ولا في الجنايات وسائر المحرمات ، لان الافعال المحرمة شرعا لا يجوز ولا تباح للموكل فلا تجوز النيابة فيها ولا تباح للوكيل •

ج - أن يكون مما يقبل النيابة ، كالبيع والشراء والمساقاة والرهن والارتهان والاعارة والاستعارة ونحو ذلك من العقود والتصرفات التي لا ينظر فيها الا لوقوعها وتحصيلها ولا ينظر الى شخص فاعلها ، أما التصرفات التي ينظر فيها الى شخص فاعلها فلا تقبل النيابة ، لان المقصود منها لا يحصل الا بصدورها من شخص معين ، كالشهادة فهي تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه وكذلك الأيمان لا يصح التوكيل فيها لعدم قابليتها للنيابة لانها تتعلق بشخص الحالف • ومثلها

---

(١) يقول الاستاذ الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط هامش (١) ص ١٨٩ : « اذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاما منطقيًا معقولا ، فان الامر لم يكن كذلك في القوانين القديمة • فقد كانت هذه القوانين تستعصي على فكرة النيابة ولم تسلم بها الا تدرجا وفي حدود معينة » • ويقول أيضا في كتابه نظرية العقد هامش (٣) ص ٣٠٨ ، نقلا عن كتاب المدخل للفقه الاسلامي للاستاذ المذكور ص ٦٣٠ ، ما نصه : « ان القانون الروماني وحتى القانون الفرنسي الحديث كلاهما لم يصل الى ما وصل اليه الفقه الاسلامي في عقد الوكيل الذي أجاز الوكالة في كل العقود » • ويقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الفقه الاسلامي ص ١٦١ : « ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الروماني الا بعد جهاد عنيف وهو قد بقي مجهولا من التشريع الفرنسي القديم • أما الفقه الاسلامي فقد قال بالنيابة التامة ، وبالنيابة التامة - الى حدود بعيدة جدا » •

الايلاء والقسامة واللعان لأنها أيمان فلا يصح التوكيل فيها<sup>(١)</sup> .

#### ٣٩٤ - أقسام الوكالة

تنقسم الوكالة الى خاصة وعامة ، ومطلقة ومقيدة .  
فالوكالة الخاصة هي ما كانت متعلقة بتصرف معين كبيع دار أو شراء سيارة أو توكيل في دعوى معينة . ولا خلاف في صحة هذه الوكالة .  
والوكالة العامة ما كانت غير محصورة بتصرف معين ، كما لو قال شخص لآخر أنت وكيل في كل شيء أو فيما لي من حقوق وتصرفات ، فيملك الوكيل بهذه الوكالة كل تصرف جائز مملوك للموكل . وفي صحة الوكالة العامة خلاف بين الفقهاء ، فمنهم من اجازها باطلاق . ومنهم من أبطلها لما فيها من الضرر والخطر وتعرض أموال الموكل للزوال بهبتها ، مثلاً ، من قبل الوكيل . ومنهم من أجازها مع استثناء ما فيه ضرر بالموكل كالترعات ، وإيقاع الطلاق ، فلا تجوز هذه التصرفات بدون نص صريح عليها<sup>(٢)</sup> . والقانون المدني العراقي أخذ برأي من أجازها باطلاق<sup>(٣)</sup> .  
والوكالة المقيدة ، هي التي يحدد فيها الموكل للوكيل حدود تصرفه ويرسم له طريق هذا التصرف ، كما لو قال له وكلتك في بيع داري هذه بكذا مبلغ . فلا يجوز للوكيل ، في هذه الحالة ، أن يخالف ما قيد به الموكل الا اذا كانت المخالفة الى ما فيه خير للموكل ، كما لو قيده بأن يبيع الدار بألف دينار فباعها بألف ومائة دينار . أما لو باع الدار بأقل من ألف فان البيع يكون موقوفاً على اجازة الموكل ، وعند بعضهم كالشافعي يقع باطلاً<sup>(٤)</sup> .

والوكالة المطلقة ، هي الخالية من كل قيد ، كما لو قال وكلتك في بيع داري . فله أن يبيعها بما يراه من الثمن المناسب ولا يتقيد بثمن معين .

(١) المغني ج ٥ ص ٨١ - ٨٢

(٢) المغني ج ٥ ص ٨٦

(٣) المادة ٩٣١ من القانون المدني العراقي .

(٤) المغني ج ٥ ص ٢٢٠ ، الكاساني ج ٦ ص ٢٧ ، كشف القناع

ج ٢ ص ٢٣٩ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٢٣ .

ولكن ذهب بعض الفقهاء الى أن الوكالة المطلقة تقيد بما يقضي به العرف ، ففي مثلنا هذا لا يجوز للوكيل أن يبيع الدار بغبن فاحش أو بما لا يباع به عادة . وذهب أبو حنيفة الى أن التوكيل المطلق يجري على إطلاقه ولا يتقيد بشيء لا يعرف ولا بغيره ، لان الموكل لو أراد تقييده بشيء لصرح بذلك ، فعدم التصريح دل على تركه الامر للوكيل يتصرف فيه كما يشاء<sup>(١)</sup> .

### ٣٩٥ - انابة الوكيل غيره فيما وكل فيه :

يجوز للوكيل أن يوكل غيره فيما وكله الموكل اذا فوض الرأي له في هذا التصرف ، كما لو قال فوضت اليك الامر ، أو اعمل برأيك كيف شئت . ففي هذه الحالة يجوز أن يباشر الوكيل التصرف بنفسه أو يوكل غيره به . فان وكل كان الوكيل الثاني وكلاء عن الموكل لا عنه . واذا لم يفوض الموكل الرأي للوكيل فلا يجوز له أن يوكل غيره في مباشرته الا بالاذن الصريح من الموكل لان الموكل انما رضي برأيه لا برأي غيره<sup>(٢)</sup> .

### ٣٩٦ - تعدد الوكلاء :

يجوز أن يتعدد الوكلاء في تصرف واحد . فان كان توكيلهم في عقد واحد لم يكن لاحدهم مباشرته منفردا ، بل لا بد من مباشرته من قبلهم مجتمعين الا اذا صرح الموكل لهم بذلك عند توكيلهم . ويستثنى من ذلك ما لا يحتاج فيه أخذ الرأي كرد الودائع والمغصوب والمبيع بيبا فاسدا وبيع الديون وايفائها . كما يستثنى ما لا يمكن اجتماعهم عليه كالترافع أمام المحكمة . وان كان توكيلهم بعقود متعددة كان لكل منهم الانفراد في مباشرة التصرف دون حاجة لاخذ رأي الآخرين ، فاذا ما باشره انتهت وكالة الباقيين بتمام التصرف<sup>(٣)</sup> .

(١) المغني ج ٥ ص ١٢١ ، الاستاذ محمد شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٤٦ - ٣٤٨ .

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ . وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذه الاحكام الفقهية ، أنظر المادة ٩٣٩ منه .

(٣) الكاساني ج ٦ ص ٣٣ . وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذه الاحكام الفقهية ، أنظر المادة ٩٣٨ منه .

### ٣٩٧ - حكم العقد وحقوقه ، ولئن ترجع ؟

حكم العقد هو أثره المترتب عليه ، وهو غرض العاقدين من انشائه •  
أما حقوقه فهي ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق والتزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله • فعقد البيع ، مثلا ، حكمه انتقال ملكية المبيع الى المشتري وملكية الثمن الى البائع • وحقوقه الزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري ، وحق البائع بمطالبة المشتري بالثمن ، وحق المشتري في الرجوع على البائع بالثمن اذا ظهر مستحق للمبيع ، وحقه في رد المبيع الى البائع اذا ظهر فيه عيب قديم ونحو ذلك من الحقوق التي تثبت لكل عاقد قبل التعاقد الآخر •

أما رجوع حكم العقد وحقوقه الى الموكل أو الوكيل ففيه تفصيل •  
وجملة القول فيه ، على النحو التالي :

اولا - حكم العقد :

اتفق الفقهاء على ان حكم العقد يرجع الى الموكل ، لان الوكيل ينفذ ارادته ، والولاية الاصلية هي للموكل وانما استفاد الوكيل ولايته منه •  
فناسب ذلك كله رجوع حكم العقد الى الموكل ، سواء أضاف الوكيل العقد الى الموكل أم أضافه الى نفسه في عقود المعاوضات • ولكنهم اختلفوا في كيفية ثبوت الحكم للموكل • فالحنفية ومن وافقهم يذهبون الى أن الحكم يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل فورا الى الموكل بموجب عقد التوكيل<sup>(١)</sup> • وعند فريق آخر من الفقهاء ، ومنهم الشافعية والحنابلة ، يثبت الحكم للموكل رأسا دون ثبوته للوكيل ثم انتقاله الى الموكل ، قال صاحب المغني : « واذا اشترى الوكيل لموكله شيئا باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي • وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينقل الى الموكل ،<sup>(٢)</sup> •

ثانيا - حقوق العقد :

آ - العقود التي يحتاج اضافتها الى الموكل حتى تقع عنه ، كالنكاح

(١) الفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٤٨٦

(٢) المغني ج ٥ ص ١٣٠

والخلع ، ترجع حقوقها الى الموكل ، ويكون الوكيل فيها سفيرا ومعبرا محضا عن الموكل . وعلى هذا لا يطالب بالمهر وكيل الزوج في عقد الزواج ، وانما يطالب به الزوج نفسه الا اذا كان الوكيل قد ضمن المهر عن الزوج فيطالب به بحكم الضمان لا بحكم الوكالة . وكذلك لا حق لوكيل الزوجة في عقد الزواج في قبض مهرها ، وانما هذا الحق للزوجة ولها أن توكل من تشاء في قبضه<sup>(١)</sup> .

ب - العقود التي لا يحتاج فيها الى الاضافة الى الموكل ، أي التي تقع عن الموكل سواء أضافها الوكيل الى نفسه أو أضافها الى الموكل ، كالياسات والاشرية والاجارات ، هذه العقود ترجع حقوقها الى الوكيل اذا أضافها لنفسه ولا ترجع الى الموكل . ففي عقد البيع ، مثلا ، يملك الوكيل دون الموكل الحق في مطالبة المشتري بالثمن ، حتى لو أن الموكل طالبه به فأبى المشتري لم يجبر على التسليم ، ولكن لو أداه اليه برىء منه استحسنانا .  
واذا استحق المبيع في يد المشتري ، وكان قد دفع الثمن الى الوكيل ، رجع المشتري عليه بالثمن . وكذلك الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل . وهكذا الحكم بالنسبة لعقود المعاوضات الشبيهة بعقد البيع ، كالاجارة والاستئجار . أما اذا أضاف هذه العقود الى الموكل فان حقوقها ترجع الى الموكل . ويلاحظ هنا ان رجوع حقوق العقد الى الوكيل في حالة اضافته العقد الى نفسه انما يكون اذا كان الوكيل غير محجور عليه . فان كان محجورا ، كالصبي المميز ، فان حقوق العقد ترجع الى الموكل أيضا لان الوكيل هنا ليس أهلا لرجوع الحقوق اليه ، لان الوكالة ضمان وكفالة ، والصبي ليس من أهلها<sup>(٢)</sup> . وذهب فريق من الفقهاء ، ومنهم الحنابلة ، الى

(١) أحكام العقود في الشريعة الاسلامية للشيخ علي قراعة ص ٥٣ - ٥٤ .

(٢) الكاساني ج ٦ ص ٣٣ . الاستاذ علي قراعة ، المرجع السابق ، ص ٥٤ - ٥٥ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي للاستاذ مذكور ص ٤٨٩ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٥٢ .



إن حقوق العقد ترجع الى الموكل دون الوكيل ، ففي المغني لابن قدامة :  
« ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به - أي بالوكيل - وانما تتعلق  
بالموكل »<sup>(١)</sup> .

#### ٣٩٨ - علاقة الوكيل بموكله :

إذا كان التوكيل بأجرة كان ما بين الوكيل والموكل وكالة واجارة  
معا ، فتكون العلاقة بينهما علاقة الاجير بمؤجره ، ويكون الوكيل ملزما  
باتمام ما وكل به ، ولا يجوز له التخلي عنه . ومعنى ذلك ان الوكالة هنا  
تكون ملزمة ولا يجوز فسخها الا اذا كان هناك مسوغ لفسخ عقد الاجارة  
فتفسخ به . وإذا كان التوكيل بغير أجر ، اعتبر الوكيل متفضلا بموكله  
ومنتزعا بعمله فلا يملك الموكل الزامه بالقيام بما وكل به والمضي فيه ، بل  
للكوكل أن يتخلى عن الوكالة في أي وقت شاء ، كما أن للموكل أن يعزله  
متى أراد . ومعنى ذلك ان الوكالة هنا تكون ملزمة<sup>(٢)</sup> . وإذا خلا عقد  
الوكالة من ذكر الاجرة وحصل نزاع بشأنها حزم العرف بذلك ، فان قضى  
العرف بالاجرة للوكيل استحقها والا لم يستحقها . هذا وان الوكيل أمين  
فلا يضمن للموكل ما يهلك في يده من أمواله الا اذا كان الهلاك بتعد منه  
أو تقصير .

#### ٣٩٩ - انتهاء الوكالة<sup>(٣)</sup> :

تنتهي الوكالة بجملة أمور ، منها :

- أ - مباشرة الموكل ما وكل به وكيله قبل مباشرة الاخير له .
- ب - عزل الموكل وكيله من الوكالة . ولا ينفذ العزل قبل علم الوكيل  
به ، ولهذا تنفذ تصرفاته في حق الموكل قبل علمه بالعزل . وذهب بعض

(١) المغني ج ٥ ص ١٣١

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٣ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع  
السابق ، ص ١٠٦ - ١٠٧ ، الفقه الاسلامي للاستاذ مذكور ص ٤٧٥ ، ٤٩٠

(٣) الكاساني ج ٦ ص ٣٦ ، علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص  
١٠٧ - ١٠٨ ، الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٩ -  
٣٩٠ .

- الفقهاء الى ان الوكيل ينزل بعزل الموكل دون حاجة لعلم الوكيل به •
- فاذا تصرف قبل علمه نفذ عليه •
- وكذلك باخراج الوكيل نفسه من الوكالة ، ويشترط في هذا علم الموكل به ،
- ج - انتهاء محل الوكالة ، بقيام الوكيل بتنفيذ ما وكل به ، أو بهلاك العين الموكل بالتصرف فيها •
- د - خروج الوكيل عن أهلية الوكالة كما لو جن ، ولا يشترط علم الموكل بذلك •
- هـ - خروج الموكل عن أهليته للتصرف الذي وكل به ولا يشترط علم الوكيل بذلك •
- ويلاحظ هنا ، ان انتهاء الوكالة بخروج الموكل عن أهليته لمباشرة ما وكل به ، وبعزل الموكل للوكيل ، وباجراج الوكيل نفسه من الوكالة ، يشترط في هذه الحالات لانتهاء الوكالة أن لا يتعلق بالوكالة حق للغير أي لغير الموكل ، فاذا تعلق بها حق لغيره لم ينزل الا برضاه ، حتى يحفظ الحق على صاحبه ، وذلك كالو ، بيع الرهن ايفاء الدين المرتهن •

## المبحث الخامس

### الفضولي

- ٤٠٠ - الفضولي في اللغة من يشتغل بما لا يعنيه ولا يخصه • وفي اصطلاح الفقهاء : من يتصرف في شؤون الغير تصرفاً لا ولاية له في اصداره كمن يبيع ملك غيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه •

#### ٤٠١ - حكم عقد الفضولي (١) :

اذا باشر الفضولي عقداً ، أو أي تصرف قولي ، انعقد ما باشره موقوفاً على اجازة صاحب الشأن فيه ، أي من صدر التصرف لاجله ، فان أجازته نفذ وان لم يجزه بطل • والى هذا ذهب فريق من الفقهاء كالحنفية والمالكية •

(١) الكاساني ج ٥ ص ١٤٨ - ١٤٩ ، بداية المجتهد ج ٣ ص ١٥٠ ، كشف القناع ج ٢ ص ١١ - ١٢ •

وذهب غيرهم ، كالشافعية والحنابلة ، على الراجع عندهم ، ان تصرف الفضولي يقع باطلا فهو في حكم المردوم ، فلا تنفعه اجازة ، لان الاجازة تلحق العقد الموجود لا المردوم .

احتج الاولون بأن العقود وسائر التصرفات شرعت لمصلحة الناس . والفضولي ، غالبا ، يقصد بتصرفه المصلحة لمن تصرف لاجله ، ولهذا الاخير أن يجيزه ان رأي مصلحة في اجازته وله ابطاله اذا لم ير المصلحة فيه . فعقد الفضولي ، اذن ، لا ضرر فيه على صاحب الشأن ، ومن ثم لا مبرر للقول بوقوعه باطلا . كما احتجوا بأن نصوص اباحة التصرفات وصحتها جاءت عامة دون أن تستثني منها عقود الفضولي .

واحتج أصحاب القول الثاني بان تصرفات الفضولي تصرف فيما لا يملك ، وقد نهى الشارع عن تصرف الانسان فيما لا يملك ، فقد جاء في الحديث : « لا تبع ما ليس عندك »<sup>(١)</sup> . وتصرف الفضولي تصرف فيما لا يملكه فلا يجوز . واحتجوا أيضا بأن وجود العقد وجودا شرعيا يتوقف على قيام الاهلية والولاية معا في العاقد ، فاذا فقدهما أو فقد أحدهما لم يوجد العقد . وحيث ان الفضولي لا ولاية له أصلا على انشاء هذه التصرف ، فيكون ، اذن ، باطلا .

#### ٤٠٢ - الراجع من القولين وشروط الاخذ به :

والراجع ما ذهب اليه أصحاب القول الاول لما استدلوا به . ولكن اعتبار عقد الفضولي موقوفا على الاجازة ، على هذا القول الراجع ، مقيد بشرطين ، هما :

الشرط الاول : أن يكون لعقد الفضولي مجيز وقت انشائه . أي يوجد وقت انشائه من له الحق في اجازته . والذي له الحق في اجازته هو من يستطيع اصدار هذا العقد بنفسه ، فان لم يوجد كان العقد باطلا فلا

---

(١) تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول لابن الديبع الشيباني ج ١ ص ٥٦ - ٥٧ .

تلقحه الاجازة • فاذا باع الفضولي مالا لعاقل رشيد كان العقد موقوفا • لان المالك ، وهو هنا عاقل رشيد ، يستطيع أن يعقد البيع بنفسه فيملك اجازته اذا صدر من الفضولي • ولكن لو باع فضولي عقارا لصغير بنين فاحش كان العقد باطلا ولا تفيده الاجازة لا من الصغير ولا من وليه • لان الصغير محجور عليه ، والولي لا يملك اصدار هذا التصرف المضر بالصغير لما فيه من غبن فاحش ، فلا يملك اجازته ، فيقع باطلا لعدم وجود المجيز وقت انشائه •

الشرط الثاني : ويشترط أن لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي اذا لم يعجزه صاحب الشأن • فاذا باع الفضولي مال غيره أو أجره كان موقوفا لعدم امكان نفاذه على الفضولي اذا لم يعجزه المالك • ولكن اذا أمكن تنفيذ العقد على الفضولي اذا لم يعجزه من عقده له ، فان العقد ينفذ على الفضولي اذا لم يعجزه ، كما لو اشترى عقارا ولم يصف العقد الى من أجرى العقد لاجله ، فان الشراء في هذه الحالة ينفذ على الفضولي اذا رده من كان العقد لاجله • والسبب في هذا الحكم هو ان الاصل ان الانسان يعقد لنفسه الا اذا قام الدليل على خلاف ذلك ، ولان الفضولي ملتزم بالعقد أمام العاقد الآخر الذي لا يعرف سواء ، فينفذ العقد في حق الفضولي •

#### ٤٠٣ - أثر الاجازة :

أثر الاجازة في عقد الفضولي انها تجعله نافذا من وقت انشائه اذا كان من عقود المعاوضات ، لان آثار هذه العقود لا تراخى عنها ، بل تثبت من حين وجودها ، فيكون ، اذن ، نفاذها من حين تمام انشائها • أما العقود التي تقبل التعليق ، كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق ، اذا باشرها الفضولي فانها تعتبر نافذة من وقت اجازتها لا من وقت صدورها • لان صدور هذه العقود من الفضولي يجعلها معلقة في المعنى على اجازة المجيز ، وحيث ان العقد المعلق لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط ، فكذا الحكم هنا ، فلا تنفذ هذه العقود الا من وقت الاجازة •

هذا وأن الاجازة اللاحقة التي تجعل عقد الفضولي نافذا ، تجعل أيضا الفضولي نفسه وكيلا عن المجيز لا من وقت الاجازة وانما من قبل انشاء العقد الذي قام به ، ولهذا يقول الفقهاء : الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .  
أي كان المجيز باجازته قد وكل الفضولي بما قام به قبل مباشرته العقد .  
ويترتب على هذه القاعدة ان أحكام الوكالة تثبت في حق الفضولي والمجيز ، وان آثار العقد وأحكامه ، بهذه الاجازة ، تثبت من وقت نفاذ العقد .

#### ٤٠٤ - شروط صحة الاجازة (١) :

يشترط لصحة الاجازة واعتبارها جملة شروط ، وهي :  
أ - أن تصدر الاجازة ممن له الحق في اصدارها ، وهو من له الولاية على انشاء عقد الفضولي ابتداء ، فان صدرت الاجازة من غير هذا لم يكن لها اعتبار . وعلى ذلك اذا باع الفضولي مال الصغير وكان له وصي فأجار القاضي البيع لم ينفذ لعدم صحة هذه الاجازة اذ ليس للقاضي ولاية انشاء العقد مع وجود الوصي ، فلا يملك اجازته اذا صدر من الفضولي .  
ب - أن تصدر الاجازة حال حياة الفضولي ، وهذا اذا كان الفضولي يصير بالاجازة وكيلا لا سفيرا ، وهو يكون وكيلا في عقود المعاوضات التي ترجع حقوقها اليه عندما يضيفها الى نفسه كالبيع والاجارة . وانما اشترط هذا الشرط لان مباشرة الفضولي هذه العقود تقتضيه عند اجازتها أن يقوم على حقوقها وتنفيذها بعد مباشرته هذه العقود فاستلزم ذلك كله أن تكون الاجازة حال حياته . أما العقود الاخرى التي يعتبر فيها الفضولي سفيرا بعد الاجازة ، ومعبرا محضا عن المجيز فلا يشترط صدور الاجازة حيال حياة الفضولي ، بل تصح بعد وفاته ؛ لان مهمته تنتهي بانتهاء عبارته ، كما لو زوج الفضولي امرأة ثم مات فللمرأة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته .  
ج - أن تصدر الاجازة في حياة العاقد الآخر الذي نعاقد مع الفضولي حتى يظهر أثر نفاذها في حقه فيطالب بما صار عليه من حق ، ويطلب بما

---

(١) الكاساني ج ٥ ص ١٤٩ ، فتح القدير ج ٥ ص ٣١١ ، الاساذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١١١ .

صار له من حق .

د - أن تصدر حال بقاء محل العقد ، حتى يظهر أثر العقد فيه . وعلى هذا لا تصح اجازة عقد البيع بعد هلاك المبيع ، لأن أثر العقد لا يظهر في معدوم فلا تصح الاجازة .

#### ٤٠٥ - فسخ العقد قبل الاجازة :

عقد الفضولي موقوف على اجازة من عقد له ، كما قلنا . فمن البديهي أن يكون لصاحب الشأن فيه الحق في ابطاله بعدم اجازته . وكذلك يثبت هذا الحق للفضولي في عقود المعاوضات التي ترجع حقوقها إليه حتى يتخلص من هذه الحقوق لو أجاز صاحب الشأن هذه العقود . وأخيرا فإن لمن تعاقد مع الفضولي حق فسخ العقد أيضا ولو بعد قبوله ما دام صاحب الشأن لم يبرز العقد بعد . وإنما كان للعاقد الآخر هذا الحق لأن العقد لم يتم ولأن من حق هذا العاقد أن يدفع عن نفسه ما عسى أن يلحقه من أضرار بسبب تعاقد مع من لا ولاية له على إنشاء العقد<sup>(١)</sup> .

---

(١) الكاساني ج ٥ ص ١٥١

## الفصل الرابع

### عيوب العقد

٤٠٦ - تمهيد :

قلنا ، فيما سبق ، ان العقد ، في حقيقته ، تلاقي ارادتي العاقدين واتفقهما على انشاء عقد معين . وهذا الاتفاق يتضمن رغبة العاقدين فيه ورضاءهما به . ولكن قد يكون في ارادة العاقد خلل يجعلها معيبة غير سالحة لتكوين عقد سليم ، فينشأ العقد معيبا لا تترتب عليه الآثار المقررة له شرعا لو كان قد نشأ صحيحا . وهذه العيوب التي قد تلحق الارادة وتلابس انشاء العقد ، ترجع ، في غالب صورها ، الى الغلط ، والغبن والتغريب ، والاكراه . وتتكلم عن كل واحد منها في مبحث على حدة .

### المبحث الأول

#### الغلط

٤٠٧ - الغلط ، كعيب من عيوب الارادة ، حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع<sup>(١)</sup> . والذي نريده بالغلط هنا هو ما كان متعلقا بمحل العقد . والغلط في محل العقد أما أن يكون في جنسه واما أن يكون في وصفه . فمن الاول أن يشتري ياقوتا فاذا هو زجاج ، أو يشتري ثوبا على انه من صوف فاذا هو من قطن . ومن الثاني أن يشتري قاقوتا على أنه أحمر فاذا هو أصفر ، أو يشتري البقرة على انها حلوب فاذا هي غير حلوب ، أو يشتري قطنا على انه مصري المنشأ فاذا هو ياباني .

٤٠٨ - الغلط الباطني والظاهري :

والغلط بنوعيه ، أي ما كان متعلقا بالجنس أو بالوصف ، قد يكون

(١) مصادر الحق للسنيهوري ج ٢ ص ١٠٤

الشرعة الاسلامية (م - ٢٢)

باطنيا ، وقد يكون ظاهريا • فالغلط الباطني ما كان قائما في تصور العاقد واعتقاده ، أي أن يتوهم العاقد محل العقد على غير ماهيته أو على غير صفته ، ولا يوجد في صيغة العقد ما يدل على توهمه هذا • كمن يشتري خاتما من النحاس معروضا أمامه يعتقد من الذهب ، ولا يذكر في صيغة العقد ما يدل على اعتقاده • أو يشتري بقرة يعتقد أنها كثيرة الدر والحليب ، دون أن يذكر في صيغة العقد ما يدل على اعتقاده •

أما الغلط الظاهري ، فهو توهم يقوم في النفس ويرد في صيغة العقد ما يدل على ذلك • كمن يقول لآخر اشتريت منك هذا الماس بكذا ويقول الآخر قبلت ، ثم يظهر انه زجاج •

#### ٤٠٩ - أثر الغلط في العقد :

ولا خلاف بين الفقهاء في أن الغلط الباطني لا يؤثر في انعقاد العقد وصحته ، لان العبرة في العقود بالعبارة أو ما يقوم مقامها دون النوايا المستترة الخفية التي لا يدل عليها دليل •

أما الغلط الظاهري ، فإن كان في الجنس أبطل العقد • وإن كان في الوصف جعل العقد موقوفا قابلا للفسخ ممن قام فيه الغلط • وقد ذكر الفقهاء قاعدة في الغلط في المحل ، فقالوا : إذا ساء العاقد وأشار الى غيره ، كانت العبرة بالمسمى دون ما أشار اليه إذا اختلف الجنس ، وبطل العقد في هذه الحالة ، كمن قال لآخر اشتريت منك هذا الخاتم من ذهب - وأشار اليه - فإذا هو من نحاس لم ينعقد العقد هنا • وإن اتحد الجنس بين ما ساء وأشار اليه واختلف الوصف ، كانت العبرة بالشار اليه وانعقد العقد عليه موقوفا على اجازة العاقد الغلط • وبهذه القاعدة أخذ القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup> •

وانما كان الغلط في الجنس مبطلا للعقد ، لان الغلط فيه يعدم المحل ، والعقد لا يوجد بدون محله ، والمحل هنا معدوم ، فلا ينعقد العقد • وحتى إذا اتحد الجنس ولكن التفاوت بين حقيقة العقود عليه وما أراد العاقد كان

(١) المادة ١١٧ من القانون المدني العراقي •



تفاوتا فاحشا ، فان الغلط هنا يعتبر بحكم الغلط في جنس المحل فيطل العقد ، كما لو اشترى دارا من آجر فاذا بها من لبن ، أو اشترى ثوبا على انه من صوف فاذا هو من قطن<sup>(١)</sup> .

وانما كان حكم الغلط في الوصف هو ما ذكرنا ، وهو انعقاد العقد مع امكان فسخه ، لان أصل المحل موجود ، وهذا يكفي لانعقاد العقد ، ولكن لفوات الوصف المرغوب فيه يكون العقد موقوفا على الاجازة ، قابلا للفسخ . وحكم الغلط في الوصف يجري في العقود القابلة للفسخ كالبيع ونحوه ، أما ما لا يقبل الفسخ كالنكاح ، فالعقد لازم ولا يجوز فيه الفسخ عند جمهور الفقهاء ، خلافا للحنابلة الذين أجروا هذا الحكم في جميع العقود حتى في النكاح ، فاذا تزوج شخص امرأة على انها بكر أو منتطة فظهرت ثيبا أو جاهلة كان له ، في هذه الحالة ، فسخ العقد .

## المبحث الثاني

### الفبن والتفريسر

٤١٠ - الفبن :

الفبن لغة النقص . ويريد الفقهاء به ان أحد البديلين في عقود خاصة غير متكافئ مع الآخر في العقد عند التعاقد . فلو باع شخص ما قيمته مائة بخمسين ، أو بمائتين ، كان البائع في الحالة الاولى هو المفنون ، وكان المشتري في الحالة الثانية هو المفنون .

٤١١ - انواع الفبن :

والفبن يسير وفاحش . فاليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين أي تقدير أهل الخبرة . فلو باع شخص بقرة بخمسين دينارا فقومها بعض أهل الخبرة بأربعين ، وقومها البعض الآخر بخمسين ، كان الفبن يسيرا ، لان النقص في الثمن أمر محتمل غير ثابت . والفبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، كما لو باع البقرة ، في مثالا لسابق ، بسبعين كان الفبن فاحشا ، لان الثمن الذي بيعت به البقرة لم يتأوله تقويم أهل

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٢ ص ١١٤ .

الخبرة ولا بعضهم • وهناك آراء في تفسير المراد بالغبن اليسير والفاحش •  
ف عند بعضهم اليسير ما كان نصف العشر أو أقل فإن كان أكثر فهو فاحش •  
وقال غير هؤلاء الغبن الفاحش ليس سواء في جميع الاحوال فهو ما كان  
نصف العشر أو أكثر في العروض<sup>(١)</sup> ، والعشر أو أكثر في الحيوان ،  
والخمس أو أكثر في العقار<sup>(٢)</sup> • وبهذا الرأي أخذت مجلة الاحكام العدلية ،  
القانون المدني العراقي القديم<sup>(٣)</sup> •

#### ٤١٢ - التفرير :

التفرير في اللغة الخداع ، والمغرور من وقع عليه الخداع • وعند  
الفقهاء يراد بالتفرير استعمال الطرق الاحتيالية لحمل الشخص على التعاقد  
ظنا منه أن المقعد في مصلحته ، مع ان الواقع خلاف ذلك • ويسمى التفرير  
في بعض أنواعه ، على الأقل ، بالتدليس •  
التفرير قد يكون فعليا وقد يكون قوليا •

#### ٤١٣ - أنواع التفرير :

فالتفرير الفعلي يتحقق بما يقوم به أحد العاقدين من أعمال بقصد  
تضليل العاقد الآخر وإيهامه في حقيقة العقود عليه لحمله على التعاقد • مثل  
صبغ الثوب القديم ليظهر كأنه جديد ، أو تصرية ضرع البقرة لتظهر كأنها  
كثيرة الدر واللبن فيقدم المشتري على شرائها •

والتفرير القولي ، يكون بالقول من العاقد أو غيره ، اذا كان من شأنه  
أن يغرر العاقد الآخر ويحمله على التعاقد • ومن أمثلته ما يسمى في الفقه  
الاسلامي : بيع الامانة ، وهو يقوم بجميع أنواعه على أساس الثمن الذي  
يدعي البائع انه اشترى به المبيع الذي يريد أن يشتريه المشتري • فلا يذكر

(١) العروض هنا الاموال المنقولة عدا الحيوان : شرح المجلة للاستاذ  
علي حيدر ج ١ ص ١٠٢ ، ١١٣ •

(٢) الكاساني ج ٦ ص ٣٠

(٣) المادة ١٦٥ من المجلة : « الغبن الفاحش غبن على قدر نصف  
العشر في العروض ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقار أو زيادة » •  
والقانون المدني العراقي ذكر الغبن اليسير والفاحش ولم يحددتهما : انظر  
المواد ١٢١ - ١٢٥ منه •

البائع الثمن الحقيقي وأوصافه من تأجيل أو تعجيل أو تقسيط ، فيكون كتمان هذه الامور من البائع عن المشتري تغريرا منه بالمشتري وخيانة له وخداعا<sup>(١)</sup> . ومن أمثله أيضا قول البائع ، مع الحلف أو بدونه ، للمشتري ان غيره دفع في المبيع أكثر مما يدفعه وانه مع هذا يؤثره بالبيع بهذا الثمن الاقل . وقد يصدر التقرير القولي من الغير أي من غير المتعاقدين مع علم أحدهما به أو بتواطؤ مع الغار ، فينخدع به المتعاقد الآخر ، كما في بيع النجش<sup>(٢)</sup> .

#### ٤١٤ - أثر الغبن والتقرير في العقد :

ليس أثر الغبن والتقرير في العقد واحدا ، كما أن هذا الاثر ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، بل فيه تفصيل وشي من الاختلاف . فلا بد من ذكر الحالات المختلفة التي يكون في بعضها غبن فقط ، أو تقرير فقط ، أو يجتمع في بعضهما الآخر الامران ، مع بيان حكم كل حالة .

#### ٤١٥ - أولا أثر الغبن وحده :

إذا كان الغبن يسيرا فلا أثر له في العقد . بمعنى أن العقد معه ينعقد صحيحا ، لان الغبن اليسير كثير الوقوع ولا يمكن التحرز منه ، والناس عادة يتسامحون به . ويستثنى من ذلك بيع المدين بدين مستغرق إذا كان محجوزا عليه بسبب هذا الدين ، فان بيعه بغبن يسير يكون موقوفا على اجازة الدائنين إلا إذا رفع الغبن من قبل المشتري . وكذلك بيع المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين مستغرق ، فحكمه كما سبق ، ولكن لا يظهر توقف بيعه إلا إذا مات في مرضه ليتحقق أن المرض مرض الموت<sup>(٣)</sup> . وهذا الحكم في الحالين رعاية لحق الدائنين .

---

(١) ربيع الامانة انواع فان كان الشراء بزيادة معلومة على الثمن الاصلي فهو بيع المراجعة . وان كان بنقصان بقدر معلوم عن الثمن الاصلي فهو بيع الوضعية . وان كان بنفس الثمن الاصلي فهو بيع التولية .  
(٢) أنظر ص ٣٦ من هذه المذكرات في تعريف بيع النجش .  
(٣) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

أما الغبن الفاحش وحده ، فقد اختلف الفقهاء في تأثيره في العقد • فمنهم من جعله مؤثرا في العقد ، فالعقد ينقذ معه ، ولكن يحق لمن أصابه الغبن أن يفسخه ، لأن هذا الغبن ضرر بالمغبون ، والضرر يزال ، وزواله يكون بتمكين المغبون من فسخه • ومنهم من لم يجعل له تأثيرا في العقد ، فالعقد معه ينقذ صحيحا غير قابل للفسخ ، لأن عقود المعاوضات ، التي يقع فيها الغبن عقود لازمة في الاصل ، واعطاء المغبون حق فسخها يزلزل لزومها ويمنع استقرار المعاملات ، وحماية العاقد من الغبن تكون بأخذ الحذر واحتياطه لنفسه لا باعطائه حق الفسخ بحجة الغبن ، فإذا لم يتبصر ويأخذ بالحيلة والحذر ووقع في الغبن فهو المسؤول عن تقصيره ويتحمل نتيجة هذا التقصير • ولكن يستثنى من ذلك الغبن الفاحش في العقود التي ترد على أموال المحجور عليهم لصغر أو سفه أو جنون ، أو ترد هذه العقود على أموال بيت المال أو الوقف ، فإن الغبن ، في هذه الاحوال ، يبطل العقود الصادرة في هذه الاموال ممن له الولاية عليها • ووجه هذا الاستثناء ان تصرفات من له الولاية على هذه الاموال منوط بالمصلحة ، أي بمصلحة المولى عليهم ، فايقاعها مع الغبن الفاحش ضرر بهم قطعيا ، والضرر يزال ، وازالته تكون بطلان هذه التصرفات ، لأن الاولياء على من ذكرنا لا يملكون هذه التصرفات<sup>(١)</sup> ، وبهذا الرأي الثاني واستثنائه أخذ القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup> •

#### ٤١٦ - ثانيا - أثر التفرير وحده :

إذا كان التفرير وحده ، وفيه تضليل وإيهام للعاقد بوجود صفة معينة مرغوب فيها في العقد لولاها لما أقدم على التعاقد ، كان للمغرور في هذه

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم وشرح الحموي ج ٢ ص ١٥٩ ، شرح الكنز للزيلعي ج ٤ ص ٧٩ ، المدخل للفقهاء الاسلاميين للاستاذ محمد سلام مذكور ص ٦٤٨ - ٦٤٩ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ •

(٢) المادة ١٢٤ من القانون المدني العراقي ، وقد نصت في فقرتها الثانية على انه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجورا أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فإن العقد يكون باطلا •

الحالة حق فسخ العقد • ويشترط ثبوت حق الفسخ للمغرور ، أن لا يكون الوصف الفائب مما يدرك بالعين والمشاهدة ، لانه ان كان كذلك انتفى التفرير عن العاقد ، فينتفي حق الفسخ له<sup>(١)</sup> • ويؤيد هذا الرأي حديث التصرية<sup>(٢)</sup> •

#### ٤١٧ - ثالثا - أثر الغبن والتفرير مجتمعين :

اذا اجتمع الغبن والتفرير في العقد ، بان كان الغبن بأحد المتعاقدين فاحشا وهو نتيجة تفرير العاقد الآخر أو من يعمل له كالدلال ، أو بتواضيء هذا العاقد مع الغير كما في بيع النجش ، فللمغبون الحق في فسخ العقد دفعا للضرر عنه ، وردا للقصد السيء عند العاقد الآخر<sup>(٣)</sup> • وبهذا الرأي أخذ القانون المدني العراقي<sup>(٤)</sup> • والغبن اليسير اذا اقترن به تفرير لا يكون سببا لفسخ العقد • الا أن بعض الفقهاء يطلق القول بالغبن المقترون معه تفرير ويجعله موجبا للفسخ اذا اختاره المغبون المغرور<sup>(٥)</sup> •

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٩٧-٣٩٨  
(٢) حديث التصرية الذي رواه البخاري وغيره ، : « لا تصروا الابل والغنم ، ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعا من تمر » : تيسير الوصول ج ١ ص ٦٢ •  
(٣) المادة ٥٤٥ من مرشد الحيوان لقدرى باشا ، وهي مأخوذة من الفقه الحنفي ، نصت على الآتي : « لا رد بغبن فاحش في البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال » • كشف القناع ج ٢ ص ٥٦ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢ ص ١٥٩ الزيلعي ج ٤ ص ٧٩ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ •

(٤) المادة ١٢١ ، ف ١ من القانون المدني العراقي : « اذا غر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبنا فاحشا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد المغبون ٠٠٠ » • والمادة ١٢٢ منه : « اذا صدر التفرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الآخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التفرير وقت ابرام العقد » •  
(٥) جاء في نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي ج ٤ ص ٧٣-٧٤ : « وحبس ماء القناة وماء الرحي المرسل كل منهما عند البيع أو الاجارة حتى يتوهم المشتري أو المستأجر كثرته فيزيده في عوضه • ومثلها جميع المعاولات ٠٠٠ يثبت الخيار بجامع التدليس أو التفرير ٠٠٠ » • من كتاب مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٢ ص ١٦٢ •

## لمبحث الثالث

### الأكراه

٤١٨ - تعريفه وشروطه :

الأكراه هو حمل الغير ، بغير حق ، على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل - أي المكره - على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به (١) .  
ويشترط لتحقيق الأكراه أن يكون الحامل ، (ي المكره ، قادراً على إيقاع ما هدد به ، فإن كان المكره غير قادر على إيقاع ما هدد به ، وكان المكره علماً بعدم قدرته ، كان تهديده لغوا لا قيمة له ، ولا يتحقق الأكراه .  
ويشترط كذلك أن يكون المكره ، أي من وقع عليه الأكراه ، خائفاً من هذا التهديد ، بأن يعتقد أن المكره سيوقع ما هدد به عاجلاً يقيناً أو على غلبة الظن ، وأن يفعل المكره ما أكره عليه تحت تأثير هذا الخوف . ويشترط كذلك أن يكون المكره به ، أي ما هدد به ضرراً يلحق النفس باتلافها أو باتلاف عضو من المكره أو بما دون ذلك كالحبس والضرب . أما التهديد باتلاف المال ، إذا لم يكن يسيراً ، فهو تهديد معتبر يتحقق به الأكراه عند فقهاء الشافعية والجمهورية والحنابلة وبعض فقهاء الحنفية . والتهديد بالحق الأذى بمن يهيم المكره أمره يعتبر أكرأها عند فقهاء الجمهورية ، وهو كذلك أكرأه عند الحنفية إذا وقع على الزوج أو قريب ذي رحم محرم ، أو إذا وقع على الولد عند الحنابلة (٢) .

(١) كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٠٢ . وعرفه القانون المدني العراقي ، في الفقرة الأولى من المادة ١١٢ ، : « الأكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه » .

(٢) كشف القناع ج ٤ ص ٤ ، المغني ج ٧ ص ١٢٠ ، منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ١٤ ، المهذب ج ٢ ص ٨٣ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٠ ، كشف الاسرار ج ٤ ص ١٥٠٣ . وجاء في الفقرة ٣ ، م ١١٢ من القانون المدني العراقي : « والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر أكرأها ، ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال » .

## ٤١٩ - أنواع الاكراه :

الاكراه نوعان : ملجئ أو تام • وغير ملجئ أو ناقص<sup>(١)</sup> •  
فالاكراه الملجئ يكون بالتهديد باتلاف النفس أو عضو ، لان حرمة أعضاء الانسان كحرمة النفس تبعاً لها ، والتهديد باتلاف جميع المال ، أو بقتل من يهم الانسان أمره على رأي من جعل هذا التهديد اكراها<sup>(٢)</sup> •  
وسمي هذا النوع من الاكراه بالاكراه الملجئ لانه يضطر المكره على مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو العضو أو المال • وهو يفسد الاختيار ويعدم الرضا عند الخفية ، وعند غيرهم يعدم الرضا والاختيار لانهما متلازمان • فاذا فات أحدهما فات الآخر • ووجهة الخفية ان الاختيار هو القصد الى فعل مقدور عليه متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحدهما على الآخر • وبمعنى آخر هو القصد الى فعل شيء أو تركه بترجيح من الفاعل ، وهذا المعنى لا يزول بالاكراه • فالمكره يوقع الفعل بقصده اليه واختياره له • فهو يختار أهو الشرين ، أي ايقاع ما أوقعه على وقوع ما هدد به • ولكن لما كان هذا الاختيار بني على اختيار المكره واكراهه كان اختياره فاسداً • أما انعدام الرضا بالاكراه ، فلأن الرضا هو الرغبة في الشيء والارتياح له ، وهذا المعنى لا يوجد مع الاكراه •

أما الاكراه غير الملجئ ، فيكون بالضرب والحبس ونحو ذلك • أي يكون بالتهديد بما دون اتلاف النفس أو العضو أو المال وهو يختلف باختلاف الأشخاص<sup>(٣)</sup> • وهو يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار لعدم الاضطرار

(١) وبعض الفقهاء يذكرون ما به يتحقق الاكراه كالقتل والضرب ، دون أن يقسموه الى اكراه ملجئ وغير ملجئ : المفني ج ٧ ص ١٢٠ ، المهذب للشيرازي ص ٨٣ •

(٢) جاء في الفقرة ٢ ، م ١١٢ من القانون المدني العراقي : « ويكون الاكراه ملجئاً اذا كان تهديداً بخطر جسيم محقق كاتلاف نفس أو عضو أو ضرب مبرح أو ايذاء شديد أو اتلاف خطير في المال • ويكون غير ملجئ اذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس » • وهذه الفقرة مأخوذة من الفقه الاسلامي ، كما هو مذكور في الصلب •

(٣) في المادة ١١٤ من القانون المدني العراقي : « يختلف الاكراه =

على مباشرة ما أكره عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به بخلاف الإكراه الملجيء .

#### ٤٢٠ - أثر الإكراه في عقود المكره وتصرفاته :

عند الحنفية لا تعتبر أقرارات المكره ، لأن اعتبار الأقرارات إنما كان لترجع جانب الصدق فيه ، وبالإكراه يترجح جانب الكذب فلا يعتبر . أما تصرفاته القولية التي لا تحتمل الفسخ ولا تبطل بالهزل كالنكاح والطلاق والرجعة ، فهذه التصرفات تقع صحيحة نافذة لا أثر للإكراه فيها . وحجتهم في ذلك أن هذه التصرفات يترتب عليها أثرها بمجرد صدورها عن الشخص باختياره ، لأن الشارع اعتبر التلفظ بها قائما مقام إرادة معناها وحكمها بدليل وقوعها من الهازل مع أنه لم يقصد حكمها ولم يرد معناها ، فالمكره أولى لأنه قصد إيقاعها واختار حكمها ، وإن كان اختياره فاسدا إذا كان الإكراه ملجئا<sup>(١)</sup> . أما إذا كانت تصرفات المكره القولية انشاءات تحتل الفسخ ولا تصح مع الهزل كالبيع ونحوه ، فإن أثر الإكراه فيها الفساد ، فتقع فاسدة لا باطلة . وحجتهم أن الإكراه يعدم الرضا لا الاختيار ، والرضا شرط للصحة لا للانعقاد ، فتقع هذه التصرفات منعقدة إلا أنها فاسدة<sup>(٢)</sup> .

٤٢١ - وعند غير الحنفية ، كالجمهرية والشافعية والحنابلة ، لا يترتب على قول المكره حكم ، فأقواله كلها مهددة ، فلا يقع طلاقه ولا بيعه ولا

= باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثيرهم وتأملهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفها .  
وهذه المادة تتكلم عن الإكراه غير الملجيء ، ولها أساسها في الفقه الإسلامي .  
(١) ولكن فساد الاختيار يقتضي فساد العقد ما دام الإحناف يفرقون بين الرضا والاختيار ، ويقولون بفساد الأخير في الإكراه الملجيء ، ولكنهم لم يصرحوا بهذا ، أنظر الكاساني ج ٧ ص ١٨٢ وما بعدها .  
(٢) ويقولون أن الفساد يرتفع إذا أجازه المكره بعد زوال إكراهه .  
ولكن يرى زفر ، من أئمة الفقه الحنفي أن العقد هنا موقوف لا فاسد ، لأن الذي تلحقه الإجازة هو الموقوف لا الفاسد . وقول زفر قوى على مقتضى الفقه الحنفي ، أنظر شرح الكنز للزيلعي ج ٥ ص ١٨٢ وما بعدها . ويقول زفر أخذ القانون المدني العراقي ، فقد جاء في المادة ١١٥ : « من أكره إكراهه معتبرا بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده » .



شراؤه ولا أي تصرف قولي آخر • وحجتهم من وجوه كثيرة ، منها<sup>(١)</sup> :  
آ - ان الله تعالى أسقط عن المكره حكم الكفر اذا نطق بكلمة الكفر ،  
جاء في القرآن الكريم : « الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » • وأحكام  
الكفر أعظم من أحكام البيع والشراء ونحوهما ، لان الكفر يترتب عليه فراق  
الزوجة ، وازهاق الروح ، فاذا سقط الاعظم سقط الاصغر •

ب - جاء الحديث عن النبي (ص) : « ان الله وضع عن أمتي الخطأ  
والنسيان وما استكروها عليه » • وفي حديث آخر : « لا طلاق في اغلاق »  
وفسر الاغلاق بالاكراه • وعن الامام علي بن ابي طالب : لا طلاق لمكره •  
ومثل هذا روي عن فقهاء الصحابة • وكل هذا يدل على عدم اعتبار عقود  
وتصرفات المكره •

ج - القصد لما وضع له التصرف شرط لجوازه ، ولهذا لا يصح تصرف  
الصبي والمجنون • وهذا الشرط يفوت بالاكراه ، لان المكره لا يقصد  
بالتصرف ما وضع له ، وانما يقصد دفع الضرر عن نفسه •  
د - المكره يأتي باللفظ دفعا للاذى عن نفسه غير قاصد لمناء ، ولا  
مريد حكمه ، فيلزم أن يعتبر قوله لغوا بمنزلة كلام المجنون والنائم ومن  
لا قصد له •

٤٢٢ - ويرد الحنفية على هذه الادلة بأن الاكراه لا يعمل في  
الاعتقادات ، ولهذا عفي عن المكره اذا نطق بكلمة الكفر • ويقولون في  
حديث : « عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه » ان المراد به الاكراه  
على الكفر ، لان القوم آنذاك كانوا حديثي عهد بالاسلام ، وكان الاكراه على  
الكفر يقع من المشركين • وحتى لو كان المراد بالاكراه في هذا الحديث  
الاكراه على غير الكفر فلا نسلم ان العقود وسائر التصرفات القولية مستكراهة  
عليها ، لان الاكراه لا يؤثر في الاقوال كما لا يؤثر في الاعتقادات ، لان

(١) . كتاب الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٤٥٣ ، ومنهجاج الصالحين  
للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ١٨٢ - ١٨٣ ، الام للشافعي ج ٣ ،  
ص ٢٠ ، اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠٨ و ج ٤ ص ٤٣ - ٤٤ ، وزاد المعاد ج ٢  
ص ٢٠٠ ، الكاساني ج ٧ ص ١٨٢ - ١٤٨ ، المغني ج ٧ ص ١١٨ •

أحدا لا يستطيع أن يستعمل لسان غيره فكان المتكلم مختارا فيما يتكلم به ، فلا يكون مستكرها عليه ، فلا يتناوله الحديث • أما ان القصد الى ما وضع له التصرف شرط جوازه ، فهذا مردود بطلاق الهازل فانه يقع مع انه غير قاصد ما وضع له التصرف • وحتى لو كان هذا شرطا فهو موجود في الاكراه ، فالمكره قاصد دفع الهلاك عن نفسه ، ولا يندفع هذا الهلاك الا بالقصد الى ما وضع له التصرف ، فكان قاصدا اليه ضرورة • أما الآثار المروية بعدم وقوع طلاق المكره فانها تعارض بآثار أخرى نصت على وقوع طلاقه ، فلا تكون آثارهم أولى بالقبول من آثارنا وأحاديثنا •

#### ٤٢٣ - القول الراجح :

. القول الذي نختاره هو ما ذهب اليه الجمهور فلا يقع أي عقد أو تصرف قولي من المكره سواء أكان يحتمل الفسخ أو لا يحتمله • فجميع عقود وتصرفات المكره باطلة • وما ذكر الحنفية لا ينهض حجة لما ذهبوا اليه • وما ذكروه من أدلة وردود ، قابل للرد والمناقشة • ويكفي هنا ذكر بعض ما يرد به على الحنفية ، فنقول : احتجاجهم بوقوع طلاق الهازل ونكاحه لا يفيد • لان الهازل يأتي بالسبب مختارا علما بمعناه وبما يترتب عليه • أما المكره فانه يأتي به مكرها قاصدا دفع الاذى عن نفسه ، فهو بمنزلة من يحكي قول غيره ، فأين هذا من ذاك وكيف يتساويان في الحكم ؟ والنص جاء بوقوع طلاق الهازل فأين النص بوقوعه من المكره ؟ ثم ان اعتبار التراضي في البيع يوجب اعتباره في النكاح ونحوه بطريق أولى ، لان شأن الفروج أعظم من شأن المال • لان الله تعالى اذا حرم أخذ مال الغير الا بالتراضي فالفروج أولى أن لا تستحل الا بالتراضي الشرعي المعتبر ، ولهذا نهى الولي أن يزوج المرأة التي تحت ولايته الا برضاها<sup>(١)</sup> • وقولهم ان الاكراه لا يعمل في الاقوال ، مردود بأن النص القرآني لم يربط أثرا على كلمة الكفر بقولها المكره ، وهذا دليل اعتبار الاكراه في الاقوال •

(١) نظرية العقد لابن تيمية ص ١٥٥ •

## الفصل الخامس

### أقسام العقد

٤٢٤ - تمهيد :

ينقسم العقد الى تقسيمات مختلفة لاعتبارات مختلفة ، فهناك تقسيم باعتبار وصفه وآخر باعتبار وقت اتصال حكمه بصيغته ، وثالث باعتبار نوع آثاره التي تكون عنه . فتقسيمات العقد ، اذن ، تقوم على أساس الجهة التي ننظر منها اليه . وستكلم فيما يلي ، في أبحاث متتالية ، عن كل قسم من هذه التقاسيم .

### المبحث الأول

العقد باعتبار وصفه

٤٢٥ - تمهيد :

يوصف العقد بالحل والحرمة ، أو بالوجوب والندب والكراهة ، بناء على طلب الشارع له أو إباحته أو نهيه عنه ، وعلى أساس نية العاقد وقصده . والوصف من هذه الاوصاف الذي يلحق العقد يسميه الفقهاء «بحكم العقد» . فحكم العقد ، يعني فيما يعنيه ، ما يلحق العقد من هذه الاوصاف ، وعلى هذا الأساس يقولون ، مثلاً ، حكم البيع الإباحة ، أي أنه مباح . وحكم الربا الحرمة ، أي أنه محرم . وحكم الزواج - في حق من خاف على نفسه الوقوع في الزنا - الوجوب ، أي أنه واجب في حقه . . . . . وهكذا . وقد يطلق الفقهاء عبارة « حكم العقد » ويريدون بها ما يكون للعقد من وصف يرجع الى ما للعقد من وجود معين تترتب عليه آثاره أو لا تترتب أو من قوة ملزمة لمعاذيه أو غير ملزمة . فيقولون حكم هذا العقد انه باطل لا تترتب عليه آثاره ، وحكم هذا العقد صحيح تترتب عليه آثاره . وحكم عقد الوكالة انه غير لازم ، وحكم عقد الإجارة انه لازم وحكم عقد

الفضولي انه موقوف على اجازة من له الشأن فيه ، فان أجازته نفذ ، وان لم يجزه بطل . . وهكذا<sup>(١)</sup> . وهذا المعنى الاخير لحكم العقد ، هو ما نريده في هذا البحث ، وعلى أساسه ينقسم العقد الى عدة تقسيمات على أساس الوصف الذي يلحق به على النحو الذي ذكرناه آنفا . وسنذكر هذه التقسيمات تباعا مع شرح موجز لها .

#### ٤٢٦ - اولا - الصحيح وغير الصحيح :

العقد الصحيح هو ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه . وهو العقد المنعقد الذي لا خلل في ركنه لصدوره من أهله ، وكان محله قابلا لحكمه ، وسلمت أوصافه من الخلل ، ولم يقترب به شرط من الشروط الفاسدة . ويعبر عنه الفقهاء بأنه العقد المشروع بذاته - أي بأصله - ووصفه . وهذا العقد تترتب عليه آثاره المقررة له شرعا<sup>(٢)</sup> .

٤٢٧ - وغير الصحيح ، هو الذي لم تتوافر فيه شروطه وأركانه . وهو عند الحنفية ينقسم الى قسمين : باطل وفاسد . فالباطل ، عندهم ، ما كان مختلا ، والخلل فيه راجع الى ركنه ، كأن تكون صيغة العقد معيبة غير سليمة لا اعتبار لها ، كما لو كان القبول غير مطابق للايجاب ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد كما في بيع ما ليس بمال أصلا . والعقد الباطل هو والمعدوم سواء لانه غير منعقد أصلا ، وغير مشروع أصلا ، ولهذا يعبرون عنه بأنه العقد غير المشروع لا بذاته ولا بوصفه . ولا تترتب عليه آثاره الشرعية ، لان هذه الآثار تترتب على ماله وجود شرعي معتبر ، والعقد الباطل ليس له هذا الوجود وان كان له وجود حسي في الخارج ، ولكن لا أثر لهذا الوجود فهو بحكم المعدوم .

والفاسد ، عند الحنفية ، ما كان مختلا ، والخلل فيه راجع الى وصف من أوصافه اللازمة له . فهو عقد منعقد لسلامة ركنه - وهو الايجاب والقبول - من أي خلل ، والمحل قابل لحكم العقد ، وهذا القدر من السلامة

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١١٢

(٢) الاستاذ علي قراغة ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

يكفي لاعتقاد العقد • ولكن الخلط طراً على بعض أوصافه الخارجية فأنفسه كما لو اقترن العقد بشرط فاسد ، أو كان الثمن مؤجلاً الى أجل مجهول يؤدي الى النزاع ، أو كان المبيع غير معين ، أو ان عقد النكاح خلا من الشهود ، ونحو ذلك • ويعبر الفقهاء عن العقد الفاسد بأنه ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه •

والعقد الفاسد لا تترتب عليه الآثار الشرعية المقررة له لو كان صحيحاً ويلزم فسخه من قبل عاقيه لانه ليس محل رعاية الشارع • ولكن قد تترتب عليه ، أحياناً ، بعض الآثار اذا قام العاقد بتنفيذه ، كما لو قبض المشتري المبيع بالبيع الفاسد باذن البائع ، فانه بهذا القبض يملكه • وكما في النكاح الفاسد اذا حصل فيه دخول فانه يجب فيه مهر المثل ، وتجب العدة على الزوجة عند التفريق بينهما ، ويثبت فيه النسب رعاية لحق الطفل<sup>(١)</sup> • وواضح من هذه الامثلة ان العقد الفاسد لم يترتب عليه لذاته أثر شرعي ، وانما تترتب عليه بعض الآثار نظراً لتنفيذه ، فكأن هذا التنفيذ محل رعاية الشارع للشبهة القائمة بسبب العقد الفاسد •

#### ٤٢٨ - الصحيح وغير الصحيح عند الجمهور :

وجمهور الفقهاء ، غير الحنفية ، يقسمون العقد قسمته ثنائية لا ثلاثية ، فالعقد ، عندهم ، صحيح ، وغير صحيح • فالصحيح ما كان مستجباً لشروط الصحة والاعتقاد ، أي ما كانت أركانه وشروطه وأوصافه سليمة لا خلل فيها على نحو تترتب عليه آثاره المقررة له شرعاً • وغير الصحيح ما ليس كذلك ، فهو ، عندهم ، نوع واحد هو الباطل أو الفاسد • فهما اسمان لمسمى واحد هو العقد غير الصحيح • فغير الصحيح ما كان فيه خلل ، سواء أكان هذا الخلل في صيغته ، أو في العاقلين ، أو في محله ، أو في أوصافه اللازمة له كجهالة الثمن أو المحل أو تاريخ أداء الثمن • ومع اتفاق الجمهور على ما قلناه ، الا أنهم اختلفوا في حكم العقد الذي يرجع الخلل فيه الى

(١) الكاساني ج ٥ ص ٢٩٩ وما بعدها ، شرح الكنز للزيلعي ج ٤

وصف غير لازم للعقد أي في أمر مجاور له ، كما في النهي عن البيع وقت النداء لصلاة الجمعة ، أو النهي عن النجس في البيع ، فأكثرهم قالوا بصحة العقد في هذه الحالة مع الكراهة ، وقلة منهم قالوا بالبطلان<sup>(١)</sup> .

#### ٤٢٩ - ثانيا - النافذ والموقوف :

قلنا ان العقد الصحيح ما يصلح أن يكون سببا لترتب الآثار الشرعية عليه . وهذه الآثار قد تظهر في الحال عند تمام انعقاد العقد دون توقف على اجازة أحد ، وهذا هو العقد النافذ . وقد يتوقف ظهور هذه الآثار على اجازة الغير وهذا هو العقد الموقوف .

آ - العقد النافذ : هو العقد الصحيح الصادر من كامل الاهلية والولاية كما لو عقد البالغ العاقل الرشيد عقدا لنفسه أو لغيره بالنيابة عن هذا الغير وكان ما عقده في حدود نيابته . وحكم هذا العقد ترتب آثاره عليه دون توقف على اجازة أحد .

ب - العقد الموقوف : هو العقد الصادر من شخص يتمتع بالاهلية ولكن لا يملك ولاية اصدار هذا العقد وانشائه ، كما في تصرفات الفضولي والصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر . فان تصرفات الفضولي موقوفة على اجازة من له الشأن فيها ، وتصرفات الصبي المميز موقوفة على اجازة وليه ، فاذا حصلت هذه الاجازة نفذ العقد والا بطل .

#### ٤٣٠ - ثالثا - اللازم وغير اللازم :

والعقد النافذ ، ينقسم الى لازم ، وغير لازم :

آ - فالعقد اللازم ، هو الذي لا يملك أحد العاقدين فسخه دون رضا العقد الآخر كالبيع والاجارة . ويلاحظ هنا ان امكان فسخ العقد اللازم باتفاق العاقدين انما يكون في العقود القابلة للفسخ ، أما التي لا تقبل الفسخ

---

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٥ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٦٠ ، مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢١٣ وما بعدها . ويلاحظ هنا ، ان القانون المدني العراقي أخذ بالقسمة الثنائية ، فقد ذكر العقد الباطل ، ومتى يكون باطلا ، ولم يذكر الفاسد ، أنظر المواد ١٣٧ - ١٤٠ .

بطبيعتها فانها تبقى لازمة ولا يمكن فسخها حتى ولو أراد العاقدان ذلك ، كالخلع - وهو الطلاق على مال - وكعقد الزواج فانه بعد انعقاده لا يمكن فسخه من قبل أحد الطرفين ولا يفسخ باتفاقهما • ولا يعترض على قولنا هذا بما للزوج من حق الطلاق ، فان الطلاق انهاء لعقد الزواج وليس فسخا له ، لان الفسخ رفع للعقد من أساسه واعتباره كأن لم يكن وارجاع الطرفين الى حالتهم قبل انعقاده فلا يبقى من آثار العقد المفسوخ شيء ، وليس الطلاق هكذا ، فانه ينهي دوام العقد ولكن لا يرفع ما وقع من آثاره كلزوم المهر ووجوب النفقة •

ب - والعقد غير اللازم ، أو العقد الجائز ، كما يسميه بعض الفقهاء ، هو العقد الذي بطبيعته يمكن فسخه من قبل أحد العاقدين ، فهو غير لازم في حقهما ، فلكل منهما فسخه على وجه الانفراد والاستقلال متى شاء ، كعقد الوديعة والعارية • وقد يكون العقد لازما لاحد العاقدين غير لازم للعاقد الآخر ، فيستطيع هذا فسخه بينما لا يستطيع الاول ذلك • مثل عقد الرهن والكفالة • فالرهن بعد تمامه لازم بالنسبة للمدين لا يجوز فسخه ، بينما هو غير لازم بالنسبة للمرتهن فله أن يفسخه متى شاء • والكفالة عقد لازم بالنسبة للكفيل ، غير لازم بالنسبة للمكفول له ، فله فسخ عقد الكفالة بدون رضا الكفيل •

## لمبحث الثاني

**العقد باعتبار اتصال حكمه بصيغته**

**أي باعتبار اتصال آثاره بصيغته**

٤٣١ - نريد بحكم العقد هنا ما للعقد من آثار شرعية ترتب عليه ، كما نوقل حكم البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع • وحكم الحوالة نقل الدين من ذمة المدين المحيل الى ذمة المحال عليه •

الشرعة الاسلامة (م - ٢٤)

وحكم عقد النكاح افادته ملك المتعة لكل من الزوجين بالآخر ، وهكذا .  
والعقود المذكورة سواء في اتصال آثارها بها . فمنها ما يترتب عليها آثارها فور انعقادها ، وهذه هي العقود المنجزة . ومنها ما يترتب عليها آثارها في زمن لاحق على انعقادها وهذه هي العقود المضافة الى المستقبل . ومنها ما لا يترتب عليها آثارها مطلقا لأنها علقّت على شرط وقد لا يوجد هذا الشرط وهذه هي العقود المعلقة على شرط .

#### ٤٣٢ - أولا - العقود المنجزة :

العقد المنجز ، هو ما تكفي صيغته لانعقاده وترتب آثاره عليه في الحال . وهذا في العقود التي لا يحتاج في تمامها الى قبض العقود عليه كما في البيع ونحوه . فالبيع بمجرد صدور صيغته المعتبرة من العاقدين يتم العقد وترتب آثاره عليه في الحال ، فيملك المشتري المبيع ، ويتملك البائع الثمن . أما في العقود التي تحتاج في تمامها الى قبض العقود عليه كالهبة ، ونحوها من عقود التبرعات ، فلا تكفي الصيغة لانتمام العقد وترتب آثاره عليه في الحال ، بل لابد فيه من قبض العقود عليه حتى يتم وترتب آثاره عليه . والعقد هنا قبل القبض صحيح ، ولكنه غير تام . وهناك عقود لاتصح ، بدون قبض ، كما في السلم والصرف ، فلا بد لصحة السلم من قبض الثمن ولا بد في الصرف من قبض البدلين في مجلس العقد ، وبدون هذا القبض لا يصح العقد<sup>(١)</sup> .

والاصل في العقود أن تكون منجزة ، الا ما كان منها بطبيعته لا يقبل التنجز ، كعقد الوصية وعقد الانشاء . فالوصية ، وهي تملك مضاف الى ما بعد الموت<sup>(٢)</sup> ، بطبيعتها لا يظهر أثرها الا بعد وفاة الموصي . وهكذا .

(١) الاسناد محمد سلام مذكور ، المرجع السابق . ص ٦١١ .

بإدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق . ص ٤٤٣ .

(٢) الدر المختار ج ٥ ص ٥٦٨ . وعرف الوصية قانون الوصية .

المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بمادته الاولى . الوصية تصرف في الميراث مضاف الى ما بعد الموت .



الايضاء ، وهو اقامة الموصي غيره وصيا على أولاده بعد وفاته •

#### ٤٣٣ - ثانيا - العقود المضافة الى المستقبل :

العقد المضاف الى المستقبل هو الذي تدل صيغته على انشائه من حين صدور هذه الصيغة ولكن آثاره لا ترتب عليه الا في زمن مستقبل عنه الماقدان في العقد • كما لو قال شخص لآخر • آجرتك هذه الدار بعشرين دينارا في الشهر ابتداء من الشهر القادم<sup>(١)</sup> •

#### ٤٣٤ - والعقود من ناحية قبولها الاضافة وعدم قبولها تنقسم الى ما يأتي :

أ - عقود بطبيعتها لا تتعد الا مضافة للمستقبل وهي الوصية والايضاء<sup>(٢)</sup> •

ب - عقود لا تقبل الاضافة وهي ، على ما اورد ، عقود التمليكات ، أي العقود التي تفيد تمليك الأعيان ، كالبيع والصلح على مال والهبة والشركة والقسمة ، والابراء من الدين ، وكذلك عقد النكاح • والسبب في عدم قبولها الاضافة ، ان هذه العقود جعلها الشارع أسبابا مفضية الى آثارها في الحال ، فتأخير هذه الآثار لا يتفق وأصل وضعها الشرعي •

ج - عقود تقبل الاضافة<sup>(٣)</sup> • فيصح ايقاعها منجزة كما يصح ايقاعها مضافة الى المستقبل • وهذه العقود أنواع : ( منها ) الاجارة والمزارعة والعارية ونحو ذلك • وانما جازت الاضافة في هذه العقود لانها ترد على تمليك المنفعة وهي توجد آنا بعد آن ، فاضافتها لا تنافي أصل وضعها • ( ومنها ) الكفالة والحوالة ، وانما جازت الاضافة هنا لانه قد لا يطلب

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٨١-٣٨٢

(٢) مذكرة في الالتزامات في الشرع الاسلامي للمنسيخ أحمد ابراهيم رحمه الله عليه ص ١٨٠ •

(٣) المبسوط ج ١٥ ص ٧٤ وما بعدها ، فتح القدير ج ٧ ص ١٤٧ وما بعدها ، الشبلي أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ - ١٨١ • الدكتور محمد يوسف موسى ص ٤٤٥-٤٤٦ ، الاسناد محمد سلام مذكور ، المرجع السابق ، ص ٦١٣ - ٦١٥ •

الكفيل ولا المحال عليه بالدين الا بعد زمن ، ففيهما معنى الاضافة ، فلا يتنافيان مع الاضافة الى الزمن المستقبل • ( ومنها ) الاسقاطات ، وهي التصرفات المتضمنة اسقاط ما يملكه الشخص ، كالطلاق والعق والوقف • فله أن يؤخر هذا الاسقاط الى زمن مستقبل ، كما له أن يوقعه حالا • ( ومنها ) الاطلاقات ، وهي تصرفات فيها اطلاق وتمكين لشخص من تصرف كان ممنوعا منه ، كالوكالة والاذن للصبي في التجارة • وانما جازت اضافة هذه التصرفات الى المستقبل ، لانها بطبيعتها لا تفيد أحكامها وآثارها كاملة حال صدورها ، بل تحدث شيئا فشيئا فلا تتنافى مع الاضافة •

#### ٤٣٥ - العقود المعلقة (١) :

العقد المعلق بالشرط هو الذي علق وجوده على وجود شيء آخر • أي أن وجود العقد ربط بوجود أمر في المستقبل ، فاذا وجد وجد العقد وأن لم يوجد لم يوجد العقد • كما لو قال شخص لآخر ان سافرت الى خارج العراق فانت وكيل في بيع دارى ، فقال الآخر قبلت • فالعقد المعلق لا وجود له قبل وجود الشرط المعلق به • ويشترط لصحة التعليق أن يكون المعلق عليه معدوما وقت التعاقد الا انه ممكن الوجود في المستقبل ، فاذا كان موجودا وقت التعاقد ، أو كان مستحيل الوقوع في المستقبل ، فان العقد في الحالة الاولى يكون منجزا ، لان التعليق صوري فقط ، وفي الحالة الثانية يكون العقد باطلا • مثال الحالة الاولى أن تقول لشخص أنا كفيل لك عن فلان اذا كان مدينا لك ، وتبين أنه كان مدينا فعلا • أو تقول لابنك بعد الامتحان ان نجحت في الامتحان فقد وهبت لك هذه الساعة ، وتبين أنه كان ناجحا فيه • ومثال الحالة الثانية ، أن تقول لآخر وهبتك هذه الساعة اذا دخل

---

(١) الشيخ أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ - ١٨٠ ، الفروق للقرافي ج ٤ ص ٢٧٦ ، الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ص ٤٤٨ - ٤٥٠ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٨٤ وما بعدها •

الجميل في سم الخياط ، أو اذا شربت ما دجلة ، أو اذا أحييت والسدك الميت . ففي هذه الصور علق العقد على أمر مستحيل الوقوع فيكون العقد باطلا أي لا ينعقد أصلا .

٤٣٦ - والعقود من ناحية قابليتها للتعليق وعدمه ، تنقسم الى ما يأتي :

أ - عقود لا تقبل التعليق : وهي على ما قالوه ، عقود التمليكات التي ترد على الاعيان أو المنافع ، بموض أو بدونه ، كالبيع والاجارة والهبة والقرض والاعارة ونحو ذلك . وانما لم يجز التعليق في هذه العقود ، لأن الشأن في المعلق عليه أنه يوجد وقد لا يوجد ، مما يجعل هذه العقود مترددة بين الوجود والعدم ، فتكون كأنها قمار . وأيضا فان عقود التمليكات يجب أن تكون جازمة حتى ينحقق عيها الرضا الذي هو أساس انعقاد العقد وترتب آثاره ، فاذا لم تكن هذه العقود جازمة بأن علق على شرط ، فان الرضا قد يزول حين تحقق الشرط ، فينعقد العقد دون رضا ، وهذا لا يجوز . وعلى هذا لا يصح أن يقال بهتك هذه الدار اذا اشترت دار جاري . أما عدم جواز تعليق النكاح على شرط ، فأمره واضح ، لأن عقد النكاح لخطورته ولضرورة سلامة ابتائنه ووضوح الامر ابتداء كل هذا يقضي بتجيزه وعدم تعليقه او اضافته . وعلى هذا لا يصح أن يقال تزوجتك اذا رضي أهلي أو اذا قدم والدي من السفر .

هذا ، وهناك رأي يجيز تعليق عقود التمليكات على شرط ، سواء أكانت بموض أو بغير عوض ، لأن الحاجة قد تدعو الى مثل هذا التعليق<sup>(١)</sup> . وهذا الرأي له وجهته ، وتأييده بعض الآثار المروية عن النبي (ص) ومنها تعليق الهبة على الشرط<sup>(٢)</sup> .

ب - عقود تقبل التعليق بكل شرط ، كالوكالة ، والوصية والايضاء ، والاسقاطات كالطلاق والاعتاق . وسبب جواز التعليق في هذه العقود ، ان

(١) اعلام الموقعين ، للإمام ابن القيم ، ج ٣ ص ٢٨٨ .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ، ج ٦ ص ١٠٠ .

هذا التعليق في بعض هذه العقود لا يترتب عليه ضرر بأحد المتعاقدين ، ولأن بعضها ، كالطلاق ، اسقاط لما يملكه الشخص بمحض إرادته ، فصح تعليقه على أمر مستقبل ، كما لو قال شخص لزوجته إن سرت فإني طالق ، فإن الطلاق يقع إذا وقع الشرط بأن سرت المرأة<sup>(١)</sup> . والوكالة لا تفيد آثارها وقت صدورهما ، بل تحدث هذه الآثار حين مباشرة الوكالة آناً بعد أن . والوصية والايضاء ، لا يترتب عليهما أثر إلا بعد وفاة الموصي ، فهما معلقان على شرط الوفاة ، فصح تعليقهما على شيء آخر غير وفاة الموصي ، ولا ضرر في ذلك على أحد المتعاقدين .

ج - عقود وسط بين النوعين السابقين ، فهي قبل التعليق ولكن بشرط أن يكون المطلق عليه شرطاً مناسباً أي ملائماً للعقد . ومن هذه العقود الكفالة والحوالة . والشرط الملائم هو ما كان مناسباً لمقتضى العقد حسب الشرع أو العرف ، بأن يكون بين الشرط وما علق عليه مناسبة تقتضي هذا التعليق<sup>(٢)</sup> . فيصح أن تقول للمشتري : إن استحق المبيع فأنا كفيل بتمنه . ويصح أن تقول لآخر : إن أقرضت فلاناً فأنا كفيل بهذا الدين . وأما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق ، كما لو قال شخص لآخر : إذا أمطرت السماء فأنا كفيلك بما لك من دين في ذمة فلان . أو إذا نجحت في الامتحان فقد تكفلت بما لك من دين على فلان . أو قولك : إذا نجح ابني في الامتحان فقد احطك بالدين الذي لك علي على فلان ، فال تعليق في هذه العقود مفسد للعقد لأنه لا يظهر فيه قصد سليم فهو كالهزل ، فلا يصح العقد به<sup>(٣)</sup> .

---

(١) وذهب بعض الفقهاء ، ومنهم الامام ابن تيمية ، الى أن تعليق الطلاق على شرط ووقوعه إذا تحقق الشرط ، إنما يكون إذا كان قصد المتكلم إيقاع انطلاق إذا وقع الشرط ، أما إذا لم يقصد وقوعه بوقوع الشرط ، وإنما قصد حمل الزوجة على عمل شيء أو الامتناع عن شيء ، فلا يقع الطلاق إذا تحقق الشرط : فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣ وما بعدها .

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨ .

(٣) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ .

## لِبَحْثِ الثَّالِثِ

### اقسام العقد باعتبار نوع آثاره

٤٣٧ - لكل عقد أو تصرف آثار معينة تترتب عليه ، هي غرض العاقد من انشائه لهذا العقد أو ذاك . فمقد البيع يفيد ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع . وهذا هو الغرض الذي يقصده العاقدان من عقد البيع . وعلى هذا الأساس تتنوع العقود الى مجموعات ، أي على أساس الغرض منها . وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض واحد فيندرج تحت أكثر من مجموعة .

٤٣٨ - ونذكر فيما يلي هذه المجموعات وما يندرج تحت كل مجموعة من عقود وتصرفات :

أولاً - عقود التمليكات : وهي التي يكون الغرض منها تملك العين أو المنفعة ، بموض ، أو بغير عوض . فالتى بموض هي عقود المعاوضات . والتي بغير عوض هي عقود التبرعات . فمن الأولى البيع والسلم والاجارة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة . فكل عقد من هذه العقود فيه مبادلة ومعاوضة من الجانبين ، أي من طرفي العقد . ومن الثانية ، أي عقود التبرعات ، الهبة ، والاعارة ، والوصية والصدقة . وليس فيها معنى المعاوضة والمبادلة ، وإنما فيها تبرع ومعونة من جانب واحد أي من أحد العاقدين الى الآخر .

ثانياً الاستقاطات : وهي التي يراد بها اسقاط ما للانسان من حق ، فإذا كان الاستقاط بلا بدل فهي الاستقاطات المحضة ، وإن كانت بموض فهي استقاطات فيها معنى المعاوضة . فمن النوع الاول الطلاق المجرد عن المال ، والاعتاق ، والعفو عن القصاص بلا بدل ، والتنازل عن حق الشفعة ، وإبراء الدائن مدينه من الدين . ومن الثاني الطلاق على مال تدفعه الزوجة نظير طلاقها ، وهو المسمى بالخلع . والعفو عن القصاص على مال يدفعه الجاني .

ثالثا - عقود التفويض والاطلاق : وهي التي تتضمن تفويض الغير وإطلاق يده في التصرف بعمل كان ممنوعا عليه قبل هذا التفويض والاطلاق .  
كمقد الوكالة والايضاء والاذن للصغير المميز بمباشرة بعض أعمال التجارة .

رابعا - التقييدات : وهي تصرفات يراد بها منع شخص من تصرف كان مباحا له من قبل ، مثل عزل الوكيل أو ناظر الوقف ، وعزل القضاة والأوصياء ، والحجر على المأذون له بالتجارة .

خامسا - عقود التوثيق أو التأمينات : وهي التي يكون الغرض منها تأمين الدائن على دينه قبل مدينه . ومن هذه العقود الكفالة ، والحوالة ، والرهن<sup>(١)</sup> .

سادسا - عقود الشركات : وهي التي يكون الغرض منها الاشتراك في العمل والربح . ومنها المضاربة والمزارعة والمساقاة .

سابعا - عقود الحفظ : وهي التي يقصد بها حفظ المال ، كمقد الوديعة ، فإن المودع يضع ماله عند المودع لديه لغرض حفظ ماله .

---

(١) الكفالة ، عقد يفيد ضم ذمة الى ذمة في المطالبة .  
والحوالة عقد يفيد نقل الدين من ذمة الاصيل « المدين » الى ذمة المحال عليه .

والرهن ، جعل الشيء مجبوسا عند الدائن حتى يمكنه استيفاء دينه منه عند عدم ادائه من قبل المدين في حينه . ويسمى هذا الشيء بالرهن أو المزهون . ويسمى صاحبه ، وهو المدين ، بالراهن . ويسمى الدائن ، الذي وضع عنده الرهن ، بالمرتهن .

## الفصل السادس

### الخيارات

٤٣٩ - تمهيد :

الخيارات جمع مفردها خيار ، وهو طلب خير الامرين أو الامور .  
وعند الفقهاء يراد بالخيار أن يكون للمتعاقد الحق في امضاء العقد أو فسخه .  
والحكمة في وجود الخيارات في العقود اللازمة - مع ان الاصل لزوم مقتضاها بالنسبة للعاقدين - هي التأكد من رضا العاقدين في انشاء العقد وامضائه ، ولان الحاجة ورعاية مصلحة طرفي العقد تدعوان الى هذه الخيارات . فالانسان قد يشتري ، مثلا ، سلعة ، ويخفي عليه ما فيها من عيب عند التعاقد ، ثم يطلع عليه فيما بعد ، فمن العدل أن يعطى هذا المشتري الخيار في فسخ العقد أو ابقائه . وهذه الخيارات منها ما ورد النص الشرعي بها ، فهي ثابتة بحكم الشرع حتى ولم يشترطها أحد المتعاقدين كخيار الرؤية وخيار العيب . ومنها خيارات لا تثبت بدون اشتراطها في العقد كخيار الشرط وخيار التمين . وستكلم في ابحاث متالية عن أهم هذه الخيارات .

### لِبَحْثِ الْأَوَّلِ

#### خيار الشرط

٤٤٠ - تعريفه :

وهو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في امضاء العقد أو فسخه في مدة مطلوبة اذا شرط ذلك في العقد<sup>(١)</sup> . ويشت الخيار للعاقد بأن يشترطه لنفسه أو يشترطه العاقد الآخر له ، كما لو قال البائع للمشتري بعتك هذه الفرس ولك الخيار ثلاثة أيام . فسبب ثبوت هذا الخيار اشتراطه في العقد من قبل أحد العاقدين ولذا سمي بخيار الشرط ،

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلتبي ، المرجع السابق ص ٤٠١ .

أي الخيار الذي سببه الشرط<sup>(١)</sup> .

٤٤١ - مدته :-

ومدة هذا الخيار ثلاثة أيام أو أقل . وهذا عند فريق من الفقهاء كالشافعية وأبي حنيفة . وعند الحنابلة والجعفرية يجوز أن يكون الخيار لأكثر من ثلاثة أيام ما دامت المدة معلومة ، سواء أكانت قصيرة أو طويلة . وعند المالكية يثبت هذا الخيار بالشرط أو بمقتضى العرف بدون اشتراط وفي البيع تختلف مدته باختلاف نوع المبيع<sup>(٢)</sup> . ووجهة القائلين بتحديد المدة بثلاثة أيام أن الحديث ورد بهذه المدة فيقتصر عليها لأن خيار الشرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم فيقتصر على أقصى ما ورد به النص وهو ثلاثة أيام . ووجهة المجيزين لأكثر من ثلاثة أيام أن هذا الخيار شرع لمصلحة مشرطة وهو أدري بما يكفيه من مدة ، ولا ضرر في اطالتهما ما دامت معلومة . أما تحديدها في الحديث بثلاثة أيام فلا يعني عدم جوازها بأكثر من هذه المدة ، والرأي الأول أرجح<sup>(٣)</sup> . وإذا كانت المدة مجهولة ، صح العقد والنفي الشرط عند فريق من الفقهاء كالحنابلة<sup>(٤)</sup> . وعند فريق آخر يفسد العقد وهذا مقتضى مذهب الحنفية لأن مجهولية المدة شرط فاسد والشروط الفاسدة تفسد العقد عندهم .

٤٤٢ - العقود التي يجري فيها خيار الشرط :

يجوز اشتراط خيار الشرط في العقود اللازمة القابلة للفسخ كالبيع والاجارة . ولا يجوز في العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ كالزواج والخلع ، وكذا في الايقاعات كالطلاق والعق<sup>(٥)</sup> . ولا يجري كذلك في

(١) الأستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢١ .

(٢) الباب في شرح الكتاب للمبداني ج ١ ص ٢١٥ - ٢١٦ ، مغني المحتاج ج ١٤ ، كشاف القناع ج ٢ ص ١٧ ، مواهب الجليل ج ٤ ص ٤١٠ - ٤١١ ، شرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٥٢ ، ٥٣ ، منهاج الصالحين ، الطبعة السابعة للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٢٢ .

(٣) أنظر نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٨٤ .

(٤) المغني ج ٣ ص ٥٨٩ .

(٥) المجتهد السيد محسن الحكيم ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .



العقود غير اللازمة والوديعة والعارية • ويشترط هذا الخيار لأحد العقدين أو لغيرهما ، ولهذا الغير أن يباشر هذا الخيار كما لمن اشترط له أن يباشر الخيار بنفسه وأيهما باشر حقه في الخيار نفذ وبطل حق الثاني فيه •

#### ٤٤٣ - أثر الخيار في العقد :

لا خلاف في أن الخيار يجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن له الخيار ، فله أن يفضيه أو يفسخه • ولا يشترط في الامضاء أو الفسخ لفظ مخصوص بل يجوز بكل لفظ يدل على ارادة امضاء العقد أو فسخه • وكذلك يجوز أن يكون ذلك بالفعل الدال على رغبة العاقد في ابقاء العقد أو نقائه • وإذا مضت المدة دون أن يبين من له الخيار رأيه فإن العقد يكون لازما في حق الطرفين •

وإذا كان الخيار في عقود المعاوضات فإن يمنع خروج الموض من ملك من له الخيار ، فإذا كان الخيار للبائع لم يخرج المبيع من ملكه ولكن الثمن يخرج من ملك المشتري • وإذا كان الخيار للمشتري لم يخرج الثمن من ملكه ولكن ذلك لا يمنع خروج المبيع من ملك بائعه ، فإذا أمضى العقد من له الخيار فيه ، كالمشتري ، مثلا ، ظهر عنه ذلك ان المبيع دخل في ملكه من وقت صدور العقد ، وان فسخه ظهر انه عاد الى البائع<sup>(١)</sup> •

#### ٤٤٤ - انتهاء خيار الشرط :

ينتهي خيار الشرط بجملة أمور<sup>(٢)</sup> ، منها :

- أولا : امضاء العقد أو فسخه في مدة الخيار •
- ثانيا : مضي مدة الخيار جلا امضا أو فسخ •
- ثالثا : تعيب محل العقد أو هلاكه بيد العاقد الآخر إذا كان الخيار له • لان فسخ العقد يقتضي رد محل العقد الى صاحبه • ومع تعيبه أو هلاكه

(١) الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ - ١٢٥ •

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٤ ، السيد محسن الحكيم ، المرجع السابق ، ص ٢٣ ، ٢٤ ، الاستاذ علي الخفيف ص ١٢٥ - ١٢٦ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٤٠٩ •

يمنع الرد ، فيلزم العقد وينتهي حكم الخيار •  
رابعا : موت من له الخيار • وهذا عند فريق من الفقهاء ، كالحنفية  
والحنابلة • لان خيار الشرط رغبة ومشية من اختياره ، والرغبات وسائر  
الصفات الشخصية لا تورث • وذهب غيرهم كالجعفرية والشافعية والمالكية  
الى وراثة شرط الخيار ، وحجتهم انه حق متعلق بالمال ، فيورث كما تورث  
سائر الاموال ، وبهذا جاء الحديث الشريف : « من ترك مالا أو حقا  
فلورثته » •

## مَبْحَثُ الثَّانِي

### خيار التعيين

٤٤٥ - يرد هذا الخيار في عقود المعاوضات التي تفيد تملك الاعيان  
كالبيع والهبة بشرط العوض<sup>(١)</sup> • ومعناه أن يكون لاحد المتعاقدين حق  
تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة الي ذكرت في العقد مع ثمن كل منها ، ليكون  
هذا المعين هو محل العقد • كما لو قال شخص لآخر بعثك أحد هذين  
الثوبين بثمانه - ويعين البائع ثمن كل ثوب - على أن تعين ما تريد شراءه في  
مدة يومين ، فيقول الآخر قبلت • فيثبت بهذا الخيار للمشتري اختيار أحد  
الثوبين وجعله محلا للعقد بالثمن المعين له •

٤٤٦ - وجواز هذا الخيار ليس محل اتفاق الفقهاء ، فالأكثر لم  
يجزوه لجهالة المحل ، والاقولون أجازوه ومنهم أبو حنيفة وصاحبه أبو  
يوسف ومحمد<sup>(٢)</sup> • والظاهر ان قول المجيزين أرجح من قول المانعين ،  
لان في الناس حاجة الى مثل هذا الخيار ، وليس فيه ضرر على أحد المتعاقدين  
ولا تؤدي جهالة المحل قبل التعيين الى أي نزاع لتعيين ثمن كل واحد من  
الاشياء التي يجري فيها خيار التعيين • ويجوز اشتراط هذا الخيار للمشتري

(١) الاستاذ شلبي ص ٤٣١ •

(٢) الكاساني ج ٥ ص ٢٦ وما بعدها ، شرح الكنز للزيلعي ج ٤ ص

٢٦ وما بعدها - شرح المجلة لعلي حيدر ج ١ ص ٢٦٣ •

بلا خلاف بين القائلين به ، ويجوز اشتراطه للبائع أيضا على رأي بعضهم ، ولكن أكثرهم يمنعه . ويشترط أن يكون مع هذا الخيار خيار الشرط أيضا ، وهذا على رأي بعضهم القائلين بخيار التعين ، وليس هذا بشرط على رأي البعض الآخر منهم .

#### ٤٤٧ - شروط صحة خيار التعين (١) :

أ - أن يكون الخيار بين شيئين أو ثلاثة أشياء لا أكثر ، لان الحاجة تندفع بذلك .

ب - أن تكون هذه الأشياء متفاوتة فيما بينها ، والتفاوت يثبت في الاموال القيمية . وكذلك في الاموال المثلية اذا اختلف الجنس .

ج - أن تكون أثمان الأشياء التي يجري فيها خيار التعين معينة ، أي يذكر ثمن كل واحد من هذه الأشياء ، فان لم تعين أثمانها فسد العقد .

د - أن تكون مدة الخيار معلومة ، وهي عند أبي حنيفة لا تزيد عن ثلاثة أيام ، وعند صاحبيه يجوز أن تكون أكثر من ذلك ما دامت معينة واتفق عليها الطرفان (٢) .

#### ٤٤٨ - مسقطات خيار التعين :

يسقط خيار التعين بالاختيار ، بأن يقوم المشتري بتعين الشيء الذي يريده صراحة كأن يقول رضيت بهذا الشيء ، أو دلالة كما لو تصرف في أحد الأشياء تصرفا يدل على رضاه به ، كما لو كان المخير فيه ثلاث قطع من القماش فدفع واحدة منها الى خياط ليخيطها بدلة له . وكذلك يسقط هذا الخيار بهلاك أحد الأشياء بعد قبضها من قبل المشتري ، فيتعين الهالك محلا للعقد بثمنه المحدد له . وكذلك اذا تعيب أحد الأشياء بعيب يمنع رده فانه يتعين محلا للعقد أيضا .

(١) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، ص ٤٢٨ - ٤٢٩ .

(٢) وهذا ما اختلفت به مجلة الاحكام العدلية ، فقد جاء في المادة ٣١٧ : « يلزم في خيار التعين تعيين المدة » فلم تقيد هذه المادة المدة بثلاثة أيام .

#### ٤٤٩ - وراثۃ خيار التعین :

إذا مات من له هذا الخيار قبل التعین ، فام مقامه وارثه في هذا الخيار لانه خيار يورث ، ولان ملك المورث ثبت في واحد غير معين فعلى الوارث تعيينه ودفع ثمنه من التركة<sup>(١)</sup> .

### المبحث الثالث خيار الرؤية

#### ٤٥٠ - تعريفه :

هو حق يثبت بسقطضه لاحد العاقدین أن يفسخ العقد أو يفضيه عند رؤية محل العقد اذا لم يكن قد رآه وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه<sup>(٢)</sup> . فاذا اشتریت فرسا لم ترها كان لك الخيار عند رؤيتها بين فسخ العقد وامضائه . فسبب ثبوت هذا الخيار هو عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله بوقت قصير لا يتغير فيه محل العقد عادة . وثبوت هذا الحق بسبب عدم الرؤية يبقى قائما ولو وصف محل العقد من قبل العاقد الآخر ، لان الوصف مهما كان دقيقا فلن يبلغ مبلغ العلم به عن طريق رؤيته ، ولهذا شرع هذا الخيار عند الرؤية حتى يتحقق بها العلم الكافي بحل العقد فاذا أمضاه العاقد كان عن رضا كامل .

#### ٤٥١ - معنى الرؤية وما تتحقق به :

المراد بالرؤية ، هنا ، ادراك محل العقد والعلم به والوقوف على حاله . ويتم ذلك باحدى حواس الانسان ، وكل شيء يدرك بما يناسبه ، فالسك يعرف بالشم ، والمأكول بالذوق ، والقماش بالبصر واللمس ، والمزمار ونحوه مما يستعمل للجوش بالسمع ، والحيوان بالبصر والجس وهكذا<sup>(٣)</sup> . ولا يشترط رؤية جميع المحل اذا كانت رؤية البعض تؤدي

(١) جاء في المادة ٣١٩ من المجلة ، القانون المدني العراقي القديم .  
• خيار التعین ينتقل الى الوارث ٠٠٠ .

(٢) الاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤١٩ .

(٣) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٦٨ .

الى معرفه الكل ويكون هذا في الاموال التي لا تفاوت بين اقسامها و اجزائها •  
وعلاوة عدم التفاوت أن يكون من المعتاد بيع ذلك المال اكفاء برؤية نموذج  
كما في بيع المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والقماش المصنوع من  
مادة واحدة في معمل واحد<sup>(١)</sup> •

#### ٤٥٢ - العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية :

يثبت خيار الرؤية للمتملك في كل عقد يكون فيه محل العقد معينا  
بالتعيين ، أي مشخصا ، ويكون قابلا للفسخ • وعلى هذا الاساس يثبت في  
العقود التالية<sup>(٢)</sup> •

أولا - في البيع اذا كان المبيع عينا مشخصه فيبت خيار الرؤية  
للمشتري • وكذلك يثبت للبائع اذا كان الثمن عينا مشخصه ، كما لو به  
سيارة بفرس ، فالخيار للبائع والمشتري •

ثانيا - في الاجارة ، كما لو استأجرت عينا لم نرها ، فالخيار لك عند  
رؤيتها بين امضاء الاجارة وبين فسخها ، وكذلك يثبت للمؤجر هذا  
الخيار اذا كانت الاجرة عينا مشخصه ، كما لو استأجرت دارا لمدة سنة  
فغير حيوان معين •

ثالثا - قسمة الاعيان القيمة ، فاذا قسمت بين أصحابها ولم ير أحد  
الشركاء نصيبه كان له الخيار اذا رآه •

رابعا - الصلح عن دعوى المال على عين معينة لم يرها المصالح ، فاذا  
رأها كان له الخيار ، لان هذا الصلح بمعنى البيع ، اذ يعتبر معاوضة بين  
الحق المدعى به والبدل المصالح عليه •

ويظهر من هذه العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية ، ان هذا الخيار  
للمتملك ، وذهب بعضهم الى ثبوته للمملك أيضا • والراجح هو الاول •

---

(١) نصت المادة ٣٢٤ من المجلة على ان : « الاشياء التي تباع على  
مفترض انموذجها تكفي رؤية الانموذج منها فقط » •  
(٢) الاستاذ علي حيدر ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٢٦٩ . الاستاذ  
علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ •

#### ٤٥٣ - ما يشترط لثبوت خيار الرؤية :

يشترط لثبوت خيار الرؤية جملة شروط هي<sup>(١)</sup> :

أولاً - عدم رؤية العاقد محل العقد عند التعاقد أو قبله .  
ثانياً - أن يكون محل العقد عيناً معينة ، أي مشخصة ، كالدار التي في الجهة الفلانية في الموقع الفلاني وذات الحدود المعلومة في خايرطتها وسند تسجيلها ، سواء أذكرت أوصاف المحل في العقد أم لم تذكر . لان ذكر الاوصاف مهما كان دقيقاً لا يحقق العلم بالمحل المستفاد من الرؤية الحقيقية له . أما ما يثبت دينا موصوفا في الذمة ، كما في المبيع في عقد السلم ، فلا يثبت فيه خيار الرؤية ، لان تحقيق الرضا بالمحل يكون بتحقيق الوصف . فإذا تحقق الوصف تحقق الرضا ولزم العقد ولم يكن هناك مقتضى لخيار الرؤية ، بخلاف العين المعينة ، فان الاوصاف ، كما قلنا ، لا تكفي لتسام العلم بالمحل .

ثالثاً - أن يكون العقد مما يقبل الفسخ ، ويمكن فسخه . فإذا كان مما لا يقبل الفسخ ، كالزواج والخلع ، فلا يثبت خيار الرؤية فيما يجب به من مال وان كان عيناً مشخصة ، كما لو زوج شخص امرأة على دار لم ترها ، أو خالته على دار لم يرها ، لم يكن لاحدهما الخيار عند رؤية الدار .

رابعاً - رؤية العاقد لمحل العقد ، فلا خيار له قبلها .

#### ٤٥٤ - وقت ثبوت الخيار ومدته :

خيار الرؤية يثبت عند رؤية محل العقد فلا يثبت قبل هذه الرؤية . وثبوته يكون بحكم الشرع بدون حاجة الى اشتراطه في العقد ، بل يثبت وان شرط في العقد نفيه . فإذا اشترى شخص عيناً لم يرها على ان لا يكون له خيار رؤية كان شرطه لغواً ويثبت له الخيار عند رؤيتها . ومدة الخيار تبدأ من رؤية المحل وتستمر الى أن يصدر ممن له هذا الخيار ما يدل

(١) الكاساني ج ٥ ص ٢٩٢ - ٢٩٣ ، شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٦٩ ، الاستاذ علي الخفيف ص ١٢٧ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ص ٤٢١ - ٤٢٢ .

على رضاه بالمحل أو فسخ العقد • كما ينتهي بحصول ما يسقطه • فليس له ، إذن ، مدة معينة ينتهي بانتهائها ، وبهذا الرأي الراجح في الفقه الحنفي أخذت مجلة الأحكام العدلية • وذهب بعض الأحناف إلى أنه موفت ، وينتهي هذا الوقت بمضي أي زمن بعد الرؤية يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ثم لا يعمل ، فإذا مضى هذا الزمن ولم يفسخ سقط الخيار ، وهذا مذهب الجعفرية أيضا<sup>(١)</sup> •

#### ٤٥٥ - أثره في العقد :

ثبوت خيار الرؤية لأحد العاقدين لا يمنع نفاذ العقد ، فهو نافذ بالرغم من هذا الخيار ، ولكنه يمنع لزومه بالنسبة إلى من ثبت له هذا الخيار ، وهو بالنسبة له عقد غير لازم ، وإنما يلزم إذا أمضاه بعد رؤية المحل بأن يصدر منه ما يدل على رضاه بالمحل بالقول أو بالفعل كأن يقول رضيت أو أمضيت العقد ، أو بالفعل كأن يقبض العقود عليه بعد رؤيته • أما رضاه ، قبل الرؤية ، بامضاء العقد فلا يجعل العقد لازما له ولا مسقطا لخيار الرؤية وحتى لو قال تنازلت عن حق خيار الرؤية ، لأن التنازل عنه اسقاط له قبل وجوده ، ولا يصح اسقاط الحق قبل وجوده • وكذلك لو اشترط في العقد نفيه بأن قال : قبلت المبيع بثمنه على أن لا يكون لي خيار الرؤية ، لم يلزمه ذلك وكان له خيار الرؤية ، لأن هذا الشرط تغيير لما شرعه الاسلام ، وما شرعه الاسلام لا يملك الإنسان تغييره • وعلى هذا يبقى للمتملك خيار الرؤية في جميع هذه الأحوال ، فله بعد الرؤية امضاء العقد أو فسخه • ولا يفهم من هذا ان من له الخيار لا يستطيع فسخ العقد قبل رؤية المحل ، فإن حق الفسخ ثابت له قبل الرؤية ولكن لا على أساس خيار الرؤية وإنما على أساس ان العقد غير لازم له •

وكما له بعد الرؤية امضاء العقد فإن له أيضا فسخه ، كأن يقول

---

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٦٩ ، منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٢٩ ، الاستاذ علي الخفيف ص ١٢٧ •

الشريعة الإسلامية (م - ٢٥)

فسخت العقد أو رفضته • والفسخ لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ولا على قضاء القاضي وإنما يتوقف على علم الطرف الآخر دفعا للضرر عنه اذ ربما يعتمد على ما أجراه من عقد معه فلا يطلب لسلمته مشتريا آخر<sup>(١)</sup> •

٤٥٦ - مسقطات خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية بواحد مما يأتي :

أ - الرضا بالعقد صراحة أو دلالة معن له الخيار • فإذا قال رضيت بالعقد ، كان هذا القول اسقاطا صراحة • وإذا قبض المعقود عليه بعد رؤيته كان هذا القبض اسقاطا دلالة ، كما قلت من قبل وكذلك إذا طلب الاخذ بالشفعة بسببه ، يعتبر هذا الطلب رضا دلالة بالمحل بعد رؤيته •

ب - تصرف المملك بالمحل كيبيعه ورهنه واجارته وهبته مع التسليم أو بدونه ، وانتفاعه به ، وعرضه اياه للبيع •

ج - تعيب المحل في يد مملكه فانه لا يجوز في هذه الحالة رده لصاحبه وقد سلمه سليما ، لانه لا يجوز دفع الضرر عن المملك باضرار المالك •

د - تعذر رد المحل كاملا الى صاحبه لهلاك بعضه أو تعيب هذا البعض أو لتصرفه في هذا البعض والسبب واضح ، لان خيار الرؤية لا يتجزأ فاما أن يقبل الكل أو يرد الكل ، فاذا تعذر رد الكل سقط الخيار ولزم العقد<sup>(٢)</sup> •

هـ - ويسقط هذا الخيار بترك المبادرة الى الفسخ بعد الرؤية ، وهذا عند الجعفرية<sup>(٣)</sup> •

ز - موت من له الخيار قبل أن يختار الفسخ أو الامضاء ، فاذا توفي سقط الخيار ولزم العقد ، ولم ينتقل الخيار الى الورثة ، لان خيار الرؤية

---

(١) الاستاذ شلبي ، المرجع السابق ، ص ٤٢٤ - ٤٢٥ •

(٢) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ - ١٣١ ،

الاستاذ مذكور ، المرجع السابق ، ص ٦٩٠ - ٦٩١ •

(٣) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٢٩ •



كخيار الشرط ، إرادة ومشئئة ، والوارث لا يرث مورثه في رغبته وإرادته<sup>(١)</sup> . وعند الجعفرية يورث خيار الرؤية ، فلا يسقط بوفاته من له هذا الخيار ، بل ينتقل الى ورثته<sup>(٢)</sup> . ويقول الجعفرية قال الشافعي<sup>(٣)</sup> .

## مَبْحَثُ الرَّاغِبِ

### خيار العيب

٤٥٧ - تعريفه ، والعقود التي يثبت فيها :

هو ما يكن للمتملك من حق في فسخ العقد أو امضائه بسبب عيب يجده فيما تملك<sup>(٤)</sup> . وإضافة الخيار الى العيب من اضافة المسبب الى السبب أي الخيار الذي يثبت بسبب العيب . وهذا الخيار يثبت اذا كان المعقود عليه معينا بشخصه كما في خيار الرؤية ، فاذا كان معينا بأوصافه كما في المبيع في السلم فلا يثبت فيه خيار العيب ، لان تحققه يكون بتحقيق أوصافه فاذا لم تتحقق لم يكن محلا للعقد<sup>(٥)</sup> . وعلى ذلك يثبت في العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية وهي البيع والاجارة والقسمة وبدل الصلح ، على النحو الذي بيناه في مبحث خيار الرؤية .

٤٥٨ - العيب الذي يثبت فيه الخيار :

العيب في المعقود عليه الذي يوجب الخيار هو الذي يوجب نقصا في ثمنه عند التجار وأرباب الخبرة فيه ، أو الذي تقتضي الخلقة السليمة أن يكون المعقود عليه خاليا منه ، أو الذي يفوت الغرض المقصود منه ، وكان ذلك يوجب نقصانا في قيمته<sup>(٦)</sup> . بحيث لو علم المشتري ونجوه بهذا العيب

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٧١ .

(٢) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٤٧٩ .

(٣) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٢ .

(٤ ، ٥) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣١ ،

١٣٢ - ١٣٣ .

(٦) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٩٠ . وجاء في المادة

٣٣٨ من المجلة : « العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة » وأنظر الكاساني ج ٥ ص ٢٧٤ ، وكشاف القناع ج ٢ ص ٥٨ ، ومنهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٠ .

لما أقدم على تملكه بالثمن الذي رضى به . وعلى هذا فالكسر في الاناء ، والعمى والمرج في الحيوان ، والنقص في الكتاب ، كل هذا وأمثاله يعتبر عيبا في العقود عليه يثبت به الخيار .

#### ٤٥٩ - سبب خيار العيب :

وسبب هذا الخيار ، هو العيب كما هو ظاهر من اسمه ، وإنما كان العيب سببا للخيار لان سلامة العقود عليه من العيوب أمر مقصود للعائد ، ووصف مرغوب فيه عادة وعرفا ، حتى يحصل للمتملك الانتفاع بالعقد عليه على الوجه الكامل التام ، فكأن سلامة المحل من العيوب قد شرطت في العقد ، فإذا فات هذا الشرط انعدم رضا العائد ولحقه الضرر ، فكان في إعطائه هذا الخيار دفع للضرر عنه ومنع لالزامه بشيء لم يرض به ، ولهذا شرع هذا الخيار . ولا يحتاج لثبوته اشتراطه في العقد ، لانه يثبت بحكم الشرع ، فلا يحتاج الى اشتراطه<sup>(١)</sup> .

#### ٤٦٠ - شروط ثبوت خيار العيب<sup>(٢)</sup> :

أولا - حدوث العيب في محل العقد - كالمبيع في عقد البيع - قبل أن يتسلمه المشتري ، سواء حدث العيب قبل العقد أو بعده ولكن قبل التسليم . فإذا حدث العيب بعد قبض المبيع من قبل المشتري فلا يثبت له الخيار ، لان المبيع وصل اليه سالما وهذا مقتضى العقد .

ثانيا - ألا يعلم المشتري بالعيب حين العقد ، وألا يرضى به بعد علمه به ، وألا يزول هذا العيب قبل ان يستعمل صاحب الخيار حقه في فسخ العقد . وعلى هذا اذا جرى العقد وكان المشتري عالما بما في المحل من عيب ، أو كان جاهلا به ثم علم به بعد العقد فرضي به ، أو اذا زال قبل ان يبادر الى طلب الفسخ ، ففي هذه الحالات لا يبقى له خيار في الفسخ ، لان سبب

(١) الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .  
(٢) شرح المجلة ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٢٨٥ - ٢٨٦ ، الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٤٨١ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

الخيار وجود العيب وعدم رضاه به ، فإذا زال السبب زال المسبب •  
ثالثا - ألا يكون المملك - كالبائع في عقد البيع - قد اشترط براءته  
من العيوب • فإن اشترط ذلك ورضي المملك ، ثم ظهر عيب في المعقود عليه  
لم يترتب عليه خيار •

#### ٤٦١ - أثره في العقد (١) :

وجود العيب في المعقود عليه لا يؤثر في ترتب أحكام العقد ، وإنما  
يظهر أثره في لزوم العقد فيمنعه بالنسبة الى من ثبت له هذا الخيار ، اذ  
لهذا الاخير الحق في امضاء العقد او فسخه ما دام الفسخ ممكنا لان العقد  
بالنسبة له غير لازم بسبب خيار العيب • فإذا أراد الفسخ فله هذا دون  
وقوف على رضا العاقد الآخر ما دام الفسخ في حضرته ، ولكن اذا لم يكن  
هذا العاقد حاضرا عند الفسخ اشترط علمه بالفسخ • واذا كان الفسخ بعد  
القبض فلا بد من رضا العاقد الآخر ، أو قضاء القاضي عند ابائه • والسبب  
في اشتراط رضاه في هذه الحالة ، هو تأكد العقد بالقبض ولانه يمكن أن  
ينازعه في وجود العيب فيتحتم الفصل والحكم بالفسخ من قبل القضاء • هذا  
وان الفسخ بالتراضي يعتبر فسخا بالنسبة للعاقدين ويبيعا بالنسبة للغير فيثبت  
فيه حق الشفعة • أما الفسخ بقضاء القاضي ، أو الفسخ قبل القبض ، فانه  
فسخ بالنسبة للعاقدين وغيرهما ، فلا يثبت فيه حق الشفعة •

هذا ، ويلاحظ هنا ان المملك ، المشتري مثلا ، لا يستطيع امسك  
المعقود عليه والاحتفاظ به والزام البائع بتقويض الثمن بسبب العيب ، الا اذا  
رضي البائع بذلك فيكون ذلك خطأ لجزء من الثمن • ويعملون ذلك بأن  
العيب نقص في أوصاف المبيع ، والافصاف لا يقابلها شيء من الثمن لانها  
تابعة فلا يلزم البائع بنقص الثمن اذا فات شيء منها • ولانه لو ألزم بذلك  
لكان فيه ضرر على البائع باخراج ملكه بشئ لم يرضه والضرر لا يجوز ،

---

(١) شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ج ١ ص ٢٨٣ ، الاستاذ مدكور ،  
المرجع السابق ، ص ٦٩٨ ، الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ،  
ص ١٣٣ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٤١٥ •

وان كان فيه ازالة ضرر عن المشتري لان الضرر لا يزول بمثلته • ولهذا كان الحكم اما فسخ العقد ورد المبيع الى صاحبه واسترداد الثمن منه ، واما امضاء العقد على حاله الا اذا تراضيا على الحط من الثمن •

#### ٤٦٢ - سقوط خيار العيب (١) :

أولا - يسقط خيار العيب برضا من يثبت له هذا الخيار ، صراحة كان هذا الرضا أو دلالة ، فيصير العقد لازما ولا يمكن فسخه الا بتراضيهما • والرضا الصريح يتم بأي لفظ يدل عليه كقوله رضيت وأجزت • والرضا دلالة مثل تصرفه به بالبيع والهبة مع التسليم • وكذلك يسقط بالاسقاط الصريح أو بما هو في حكم الصريح • وكذا بإبراء الممتلك للمملك من العيب لان الإبراء اسقاط وهو يملك الاسقاط لان خيار العيب حقه فله أن يستمر فيه أو يسقطه •

ثانيا - اذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد من له الخيار ، سواء أكان هذا العيب نقصا في ذاته ، أو نقصا في قيمته • وكذلك هلاكه ، أو اذا تغير تغيرا تاما كما لو كان قمحا فطحنه أو دقيقا فمجنه •

ثالثا - زيادة المعقود عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير مولدة منه كصنخ الثوب ، أو زيادة منفصلة متولدة منه كالولد واللبن والصوف من الحيوان ، والتمر من الشجر ، اذا ما حصلت هذه الزيادة بعد القبض • وانما امتنع الرد وفسخ العقد في الصورة الاولى لان الزيادة لا يمكن فصلها عن المعقود عليه ، وفي الفسخ يراد رد محل العقد فقط وهذا لا يمكن فيمتنع الفسخ • وفي الصورة الثانية ان كان رد المعقود عليه ، عند فسخ العقد ، مع الزيادة ، كانت هذه الزيادة بدون عوض وهذا لا يجوز • وان أبقاها الممتلك له كانت بدون عوض أيضا وهذا لا يجوز •

(١) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٠ ، الاستاذ مدكور ، المرجع السابق ، ص ٦٩٩ - ٧٠٠ ، الاستاذ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٤١٥ - ٤١٧ •

#### ٤٦٣ - الرجوع بنقصان العيب (١) :

إذا امتنع فسخ العقد ورد المقود عليه ، بسقوط خيار العيب ، فإن المتملك في بعض الحالات يستحق الرجوع على المملك بنقصان العيب .  
فيكون له هذا الرجوع إذا هلك المقود عليه ، أو تعيب بغير فعله سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله . وكذلك إذا تعيب بفعله كما لو كان فمأشاً فقطعه ليخيطه ثوباً . أو استهلكه كما لو كان طعاماً فأكله ، بشرط أن لا يكون التعيب والاستهلاك بعد علمه بالعيب ، فإن كان عالماً بالعيب ثم عيبه أو استهلكه فلا حق له برجوع النقصان . وكذلك يرجع بالنقصان في حالة الزيادة المانعة من الفسخ ورد المقود عليه ، على النحو الذي بيناه .  
ولا يكون للمتملك الرجوع بالنقصان إذا تصرف في المقود عليه بما يخرج منه ملكه ولا عند رضاه بالعيب .

وتقدير نقصان العيب يكون بتقويم المقود عليه سليماً من العيب وقت العقد ومعياً وقته ثم يؤخذ الفرق بين القيمتين وينسب إلى قيمته سليماً ، ويقدر هذه النسبة بنقص الثمن ، وبه يرجع على المملك . فلو قوم المقود عليه بـ ١٠٠٠ دينار ومعياً بـ ٨٠٠ دينار فالفرق ٢٠٠ دينار ، ونسبة هذا الفرق إلى الألف تساوي  $\frac{1}{5}$  ، فإذا كان المقود عليه بـ ٦٠٠ دينار رجع على المملك بخمسة الـ ٦٠٠ أي بـ ١٢٠ ديناراً .

#### ٤٦٤ - وراثه خيار العيب :

وخيار العيب يورث ، فإذا مات من له هذا الخيار قبل أن يختار فسخ العقد أو امضاء قام وارثه مقامه في ذلك ، ولا خلاف في هذا بين الفقهاء ، إلا أن الحنفية يقولون إن هذا الحق يثبت للوارث ابتداءً ، وغيرهم يقولون يثبت للوارث بحكم الوراثة لأنه حق مالي ، ولا يترتب على هذا الخلاف نتيجة عملية (٢) .

---

(١) منهاج الصالحين للمجتهد السيد محسن الحكيم ج ٢ ص ٣٢ ،  
الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ١٣٦ .

## الفصل السابع

### مدى سلطان الارادة

في انشاء العقود والشروط

٤٦٥ - تمهيد :

عرفنا مما تقدم ان العقود وسائر التصرفات القولية تنشأ بإرادة العاقدین فاذا ما تم العقد ترتيب عليه آثاره الشرعية . ولكن ثبوت هذه الآثار يكون بحكم الشارع ، أي أن الارادة هي التي تنشئ العقد ، ثم ان الشارع هو الذي يرتب على كل عقد آثارا معينة . ولهذا يقول الفقهاء : ان العقود أسباب جعلية شرعية . أي ان الشارع هو الذي جعل العقود أسبابا مفضية الى آثارها ، ولولا هذا الجعل من الشارع لما كانت هذه العقود أسبابا لآثارها . وفي هذا المعنى يقول الامام ابن تيمية : « ان الاحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الاحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا ، لم تثبت ابتداء » (١) . وهذا المعنى لا يختلف فيه الفقهاء من حيث الجملة ، ولكنهم يختلفون فيما وراء ذلك . يختلفون في مدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط المتصلة بها . ذلك ان الشارع نص على بعض العقود ، وجعلها أسبابا مفضية لآثارها كما قلنا ، فهل يعتبر هذا التنصيص على بعض العقود مانعا من انشاء غيرها من العقود ؟ ثم ان آثار العقود عينها وحددها الشارع بالنسبة لكل عقد ، والشروط من شأنها أن تزيد أو تنقص من هذه الآثار لمصلحة هذا العاقد أو ذاك (٢) ، فهل يملك العاقد تعديل هذه الآثار بما يشترطه من شروط ؟ أم لا يستطيع هذا باعتبار أن تحديد الشارع لهذه الآثار يعني

(١) فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ ص ٣٣٥ .

(٢) مثل ان يبيع الانسان سيارة لآخر ويشترط عليه أن يستعملها لمدة أسبوع .

وجوب ترتبها وعدم امكان تغييرها أو تعديلها بإرادة الانسان ؟ هذا ما اختلف فيه الفقهاء ، فمنهم المقيدون الذين يريدون النص الصريح على اباحة العقد أو الشرط ليقولوا بالجواز ، ومنهم الموسعون الذين لا يشترطون النص الصريح على الاباحة ، بل يكتفون بعدم وجود النص على تحريم العقد أو الشرط ليقولوا بالجواز ، ومنهم المتوسطون الذين بين هؤلاء وأولئك . ونعرض فيما يلي هذه الآراء بشيء من الايجاز .

#### ٤٦٦ - أولا - رأي المضيقين :

وهؤلاء يقيدون ارادة الانسان ويغلونها ويضيّقون عليها المبال في باب العقود والشروط . لان الاصل الذي أصلوه هو : تحريم كل عقد أو شرط الا ما ورد الشرع باجازه . وهؤلاء فقهاء المذهب الظاهري ، « فلم يصححوا عقدا ولا شرطا الا ما ثبت جوازه بنص أو اجماع ، واذا لم يثبت جوازه أبطلوه »<sup>(١)</sup> . فارادة الانسان ، على هذا الرأي ، لا تنشئ من العقود والشروط الا ما نص الشارع على اباحته ، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك انشاء ، وان فعلته كان باطلا .

#### ٤٦٧ - أدلة هذا الرأي :

استدل أهل الظاهر بجملة أدلة ، منها :

أ - انشاء العقود والشروط التي لم يشرعها الاسلام تكون من باب التمدي لحدود الله والزيادة في دينه ، وهذا لا يجوز لان الله يقول : « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » وقال : « اليوم أكملت لكم دينكم »<sup>(٢)</sup> .  
ب - دلت السنة على المنع من انشاء أي عقد أو شرط لم يرد الشرع بجوازه ، من ذلك الحديث : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » .  
ومن يعقد عقدا أو شرطا لم يرد به النص الشرعي يكون خارجا عن أمر الشرع فيكون باطلا<sup>(٣)</sup> . وفي حديث آخر : « ما بال اناس يشترطون

(١) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٣ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٦ .

(٣) الاحكام في أصول الاحكام ج ٥ ص ٣٢ .

شروطا ليست في كتاب الله تعالى ، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وان اشترط مائة شرط ، شرط الله تعالى أحق وأوثق ،<sup>(١)</sup> . فهذا الحديث صريح في تأييد ما ذهبنا اليه ، فكل شرط لم يرد به نص في الكتاب أو في السنة أو في اجماع - لدلالة الكتاب والسنة على حجية الاجماع فهو شرط باطل لا يجوز اشتراطه ، وتقصر عنه ارادة الانسان<sup>(٢)</sup> .

٤٦٨ - ثانيا : رأي الموسعين :

وأصحاب هذا الرأي فريق من الحنابلة وعلى رأسهم الامام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم . وهؤلاء يطلقون ارادة الانسان في العقود والشروط ويعطونه حرية واسعة في هذا الباب ، ولا يقيدونه ولا يضيقون عليه المجال كما يفعل أهل الظاهر . ذلك ، ان الاصل ، عند الموسعين ، في العقود والشروط الصحة والجواز ، فلا يحرم ويبطل منها الا ما دل على تحريمه وابطاله نص في الكتاب أو في السنة أو اجماع صحيح أو قياس معتبر<sup>(٣)</sup> . وهؤلاء يختلفون مع أصحاب الرأي الاول اختلافا أساسيا ، فلا يشترطون النص على اباحة العقد أو الشرط كما يشترط المضيقون ، وانما يشترطون فقط ان لا يوجد نص بتحريم هذا العقد أو الشرط ، فان لم يوجد مثل هذا النص المحرم كان للانسان مطلق الحرية في انشاء ما يريد من عقود أو شروط . وعلى هذا الاساس لا يجوز الشرط عى ان الولاء لغير المعتق لمخالفة هذا الشرط للحديث الصحيح الذي جاء فيه : الولاء لمن اعتق<sup>(٤)</sup> . ولا يجوز الجمع بين صفتين في عقد واحد كاجراء عقد القرض بشرط أن يشتري المقرض من المقرض هذا الشيء<sup>(٥)</sup> . ولا يجوز البيع بشرط التسليف<sup>(٦)</sup> ونحو ذلك مما ورد النص بالنهاي عنه . وما عدا هذا يجوز

(١) تيسير الوصول ج ١ ص ٦٥ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٥ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٩ وما بعدها ، ونظرية العقد لابن تيمية ص ١٥ - ١٦ .

(٤) تيسير الوصول ج ١ ص ٦٥ .

(٥) كشف القناع ج ٣ ص ٦٤ .

(٦) جاء في تيسير الوصول الى جامع الاصول من حديث الرسول ج ١ =



للعاقدة اشتراطه ، كأن تشترط المرأة على زوجها في عقد النكاح أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها • فإذا أحل بالشرط كان لها أن تفسخ عقد النكاح • وكذا يجوز للبائع أن يشترط انتفاعه بالمبيع مدة معينة كسكنى الدار المبيعة لمدة سنة •

وهذا الرأي - رأي الموسعين - هو الأرجح للدلة التي ساقوها لتأييد رأيهم ، والتي نذكر أهمها في الفقرة التالية •  
٤٦٩ - ادلة رأي الموسعين

أ - قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا ، « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها • • » فقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود وهذا عام ، وكذلك أمرنا بالوفاء بعهد الله وبالعهد وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه وان لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع ، انما أمر بالوفاء به • والسنة نهت عن الغدر وعدم الوفاء بالعهد ، من ذلك الحديث الذي عدد خصال المنافق ومنها : اذا عاهد غدر • وفي الحديث : « أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » ، فدل هذا الحديث عن استحقاق الشروط الوفاء وان شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها • وفي حديث آخر : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حرا ثم أكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره » • فهذا الحديث فيه ذم للغادر ، فيدخل في مضمونه كل من شرط شرطا ولم يف به • ومن هذا كله يتضح ان الكتاب والسنة يأمران بالوفاء بالمعهود والشروط والمواثيق والعقود وينهيان عن نقضها وعدم الوفاء بها • فلو كان الاصل في العقود والشروط الحظر والحرمة الا ما أباحه الشارع ، لم يجوز أن يأمر بالوفاء بها مطلقا ويندم من نقضها وغدر بها مطلقا • وهذا واضح ،

= ص ٦٣ : « وعن مالك رحمه الله ، انه بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف • أخرجه مالك ، وقال : وتفسير ذلك ان يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا ، فان عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز » •

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٩ وما بعدها •

فكما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه التحريم إلا ما أباحه الشارع أو أوجبه لم يجز أن يأمر بقتل النفوس ويحمل على القدر المباح ، بخلاف ما كان جنسه واجبا فإنه يأمر به مطلقا وإن كان منه ما لا يجوز لتخلف بعض شروطه ، كالصلاة مثلا يؤمر بها مطلقا وإن كان ينهى عنها إذا كانت بغير طهارة • وكذا الصدق يؤمر به وإن كان يحرم أحيانا لما منع فيجب السكوت أو التعريض • وعلى هذا إذا جاء الكتاب والسنة بالامر بالوفاء بالعقود والشروط كان معنى ذلك أن الأصل صحة العقود والشروط •

ب - وفي الحديث عن النبي (ص) : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما » والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أخل حراما ،<sup>(١)</sup> • فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله ولا يسقط ما أوجبه الله ، وإنما له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدون الشرط • فالغرض من الشرط وجوب ما لم يكن واجبا ولا حراما • ولا يعني هذا أن المقصود من الشرط إبطال حكم الشرع ومناقضته لأن عدم الإيجاب ليس نفيًا للإيجاب حتى يكون المشتترط مناقضا للشرع •

ج - والحديث الذي فيه : « من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل • • الخ » • فهذا البطلان إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى ، وأما إذا لم يكن المشروط مما حرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه حتى يقال كتاب الله أحق وشرط الله أوثق • فيكون ، إذن ، معنى الحديث : من اشترط أمرا ليس في حكم الله أو في كتابه بواسطة أو بغير واسطة فهو باطل لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط •

(١) هذا الحديث ضعيف ، ولكنه روي من طرق متعددة يقوى بعضها بعضا ، أنظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٥٥ • ويمكن الاستئلال أيضا بالحديث الذي جاء فيه أن النبي (ص) اشترى من جابر جملا ، واستثنى حملاته إلى المدينة أي الحمل عليه إلى المدينة : نيل الأوطار ج ٥ ص ١٧٨ •

المشروط مما يباح فعله بدون الشرط حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط •  
اوجب الوفاء بالشرط عدوما ، ووجوب الوفاء بها يقتضي أن تكون مباحة  
الا اذا قام الدليل الخاص على تحريم شرط معين • فيكون اشتراطه ما لم  
يحرمه الشارع بخصوصه مباحا بعموم الكتاب فيكون هذا الشرط في كتاب  
الله بهذا الاعتبار ، فلا يكون اشتراطه مخالفا للكتاب •

د - العقود والشروط من الافعال العادية ، والاصل فيها عدم التحريم  
حتى يدل دليل على التحريم ، واذا لم تكن حراما كانت مباحة •

هـ - ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط الا  
ما ثبت بعينه ، بل في الشرع ما يدل على عكس هذا كما بينا •

و - العقود في المعاملات من العادات يفعلها المسلم وغير المسلم ، فليست  
هي من العبادات التي تحتاج الى شرع خاص بها •

ز - الاصل في العقود التراضي ، قال تعالى : « الا أن تكون تجارة  
عن تراض منكم » فلم يشترط في التجارة الا التراضي وذلك يقتضي أن  
التراضي هو المبيع للتجارة • فاذا كان الامر كذلك ، فاذا تراضى المتعاقدان  
ثبت حل ما تراضيا عليه الا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في  
الخمير ونحو ذلك •

#### ٤٧٠ - ثالثا - رأي المتوسطين :

وهؤلاء يتوسطون بين الرأي الاول والثاني ، فلا يشترطون لباحة  
العقد والشرط ورود نص خاص بالاباحة كما اشترط أصحاب الرأي  
الاول ، ولا يجعلون الاصل في العقود والشروط الاباحة كما ذهب أصحاب  
الرأي الثاني ، بل يميلون الى أن الاصل فيها التحريم واستثنوا بعضها  
ولكنهم توسعوا في الاستثناء<sup>(١)</sup> • ومن أصحاب هذا الرأي الحنفية ، ولهم  
في الشرط وما يصح منها وما يبطل تقسيم مضبوط نرى من الخير ذكره  
اجمالا • فالشرط عندهم اما ان يكون صحيحا أو فاسدا أو باطلا<sup>(٢)</sup> ، وفيما  
يلي تعريف بكل نوع •

(١) محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ •

(٢) الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ، ص ٤٢ •

وما بعدها •

### ثانيا - الشرط الصحيح :

وهو ما كان موافقا لمقتضى العقد كما لو شرط البائع على المشتري أن يسلمه الثمن قبل أن يسلمه المبيع . أو كان الشرط مؤكداً لمقتضى العقد كاشتراط البائع أن يقدم المشتري كفيلاً بالثمن عند تأجيله . أو كان الشرط مأذوناً به من قبل الشرع وهو ما ورد به نص خاص ، كشرط الخيار ، واشتراط خيار الرؤية . أو كان الشرط مما جرى به العرف مثل اشتراط المشتري على البائع تعهد إصلاح ما اشتراه مدة معينة إذا جرى العرف بذلك كما لو اشترى ساعة أو سيارة وكان العرف يقضي باعتبار هذا الشرط<sup>(١)</sup> .

### ثانيا - الشرط الفاسد :

هو ما لم يكن واحداً من أنواع الشرط الصحيح التي مر ذكرها ، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين كمن يبيع داره ويشترط على المشتري سكنها مدة سنة . وهذا الشرط الفاسد يفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع والاجارة ، ويكون لقوا في العقود الأخرى كال تبرعات والتوقيعات والزواج فلا يفسدها . والعلة في هذا التفريق أن المعاوضات يقصد بها التعادل بين الطرفين ولهذا يشترط كل منهما ما يراه من الشروط محققاً لهذا المقصود ، فإذا فاق الشرط احتل التعادل المقصود ففوت الرضا بالعقد ، والرضا أساس صحة العقد فيفسد . أما في العقود الأخرى فليس فيها معاوضة مالية تستلزم التعادل حتى نخشى فوات هذا التعادل إذا قلنا الشرط وصححنا العقد .

### ثالثا - الشرط الباطل :

هو ما ليس فيه من أوصاف الشرط الصحيح ، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن لا يسكنها ، أو يبيع أرضه ويشترط على المشتري أن لا يزرعها . وحكم هذا الشرط أنه لغو فيسقط وحده ويبقى العقد صحيحاً .

(١) واعتبار الإحناف العرف دليلاً شرعياً ما لم يكن مخالفاً لنص الشارع ، وتصحيح الشروط بناء على ذلك جعلهم يوسعون كثيراً على العقاد فيما يشترطه من شروط وما يعقده من عقود .

## الباب الثالث

### في الجرائم والعقوبات

٤٧١ - تمهيد :

القانون الجنائي هو القانون الذي يبين الجرائم المعاقب عليها وقدر هذه العقوبة . فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الافعال المنهي عنها والتي اذا ارتكبتها الفرد اعتبر خارجا عن المجتمع مستحقا العقاب<sup>(١)</sup> . وهذا القانون يعتبر من فروع القانون العام<sup>(٢)</sup> . وفي الشريعة الاسلامية أحكام خاصة بالجرائم والعقوبات تكون ما يمكن تسميته بالقانون الجنائي الاسلامي فهو اذن ، في الاصطلاح القانوني من فروع القانون العام لا الخاص . ولا ينتقض قولنا هذا بأن عقوبة القصاص في الشريعة الاسلامية جعلت في القتل العمد من حق أولياء المجرى عليه ، مما يدل على ان القانون الجنائي الاسلامي من فروع القانون الخاص . لا يقال هذا ، لان القصاص وان كان من حق الفرد الا ان فيه حق الله ، أي حق المجتمع ، ولهذا نص بعض الفقهاء على ان أولياء المقتول اذا عفوا عن القاتل وتنازلوا عن حقهم في القصاص ، فان الدولة لها أن تعاقبه بالحبس ونحوه<sup>(٣)</sup> . وهذا مما يدل على ان الاحكام الجنائية في الشرع الاسلامي تنظم علاقة الافراد بالدولة من جهة الافعال المنهي عنها والعقوبات المقدرة لها . وهذا لا يمنع من أن يكون حق الفرد - في بعض الجرائم - هو الغالب ، وفي البعض الآخر حق الله - أي حق المجتمع - هو الغالب ، وللدولة في الحالتين أن تعاقب الجاني .

٤٧٢ - تعريف الجريمة :

لم يرد في قانون العقوبات البغدادي تعريف للجريمة ، وانما اكتفى

---

(١) اصول القانون للدكتور السنهوري والدكتور حشمت ابي

ستيت ص ١٨٦ - ١٨٧ .

(٢) شرح قانون العقوبات البغدادي - القسم العام - للدكتور

مصطفى كامل ص ٤ - ٥ ، واصول القانون للسنهوري ص ١٨٧ .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٥٩ .

بيان أنواع الجرائم • والواقع ان معظم القوانين الجنائية الحديثة ، كالقانون المصري ، لم تعرف الجريمة ، ولكن بعض القوانين يعرف الجريمة بأنها « كل فعل أو امتناع عن فعل صادر من شخص ويقر له القانون عقابا جنائيا ، »<sup>(١)</sup> .

وتعريف علماء الشريعة الاسلامية للجريمة يتلأفى مع تعريف القانون لها • فالجريمة ، عند فقهاء الشريعة ، هي « محظورات سرعة زجر الله عنها بحد أو تعزير ، »<sup>(٢)</sup> • والمقصود بالمحظورات الامور المسوعة ، ويشترط فيها أن تكون ممنوعة من قبل الشريعة الاسلامية ، فان لم تكن محظورة من قبل الشرع الاسلامي لا تكون جرائم • كما أن المحظورات الشرعية يجب أن يكون لها عقاب في الشريعة الاسلامية حتى تعتبر جرائم شرعية • وعلى هذا يمكن ان يقال في تعريف الجريمة شرعا : بانها فعل أو ترك نصت الشريعة الاسلامية على تحريمه والعقاب عليه<sup>(٣)</sup> .

#### ٤٧٣ - أساس اعتبار الفعل جريمة :

وأساس اعتبار الفعل أو الترك جريمة في الشريعة الاسلامية يرجع الى ما في هذا الفعل أو الترك من ضرر بالمجتمع يتمثل بسبب - سلامته وأمنه واستقراره ونظامه وعقيدته ، وضرب بالافراد يتمثل بالاعتداء على مصالح الافراد التي تحرص الشريعة على ايجادها والمحافظة عليها • وهذه المصالح هي المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال • وجميع الجرائم الشرعية بلا استثناء فيها اعتداء على مصالح الافراد ، واضرار للمجتمع • والقوانين الوضعية وان اتفقت مع الشريعة ، من حيث الجملة ، على ان أساس اعتبار الفعل جريمة هو ما في هذا الفعل من اضرار بمصالح الافراد والمجتمع ، الا انها تختلف مع الشريعة في نطاق هذا الاساس ومدى اتساعه والافكار التي وراء هذا الاساس • فالشريعة ، مثلا ، تهتم بالدين والاخلاق

(١) الدكتور مصطفى كامل ، المرجع السابق ، ص ٣٥ - ٣٦ .

(٢) المارودي ص ١٢٧ .

(٣) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عسودة ج ١

والمرض ، وحياطة العقل مما يفسده • وعلى هذا الاساس ، كان فيها عقوبة الردة على جريمة الارتداد عن الدين ، وعقوبة الزنا ، وعقوبة شرب الخمر ، ولا وجود لمثل هذه العقوبات في القوانين الجنائية الوضعية<sup>(١)</sup> • وعلى هذا اذا وجدنا اختلافات بين الشريعة والقوانين الوضعية فيما يعتبر من الافعال جريمة أولا يعتبر فانما مرده الى مدى اعتبار هذا الفعل ضارا بمصالح الافراد والمجتمع والى تقدير هذه المصالح وتقييمها في ضوء الافكار والقيم في كل من الشريعة والقوانين الوضعية •

#### ٤٧٤ - اساس تشريع العقاب والفرض منه :

تحرص الشريعة الاسلامية على حمل الناس على طاعة أوامرها ونواهيها طاعة اختيارية تنبعث من أعماق النفس • وتعتمد الشريعة في تحقيق هذه الطاعة الاختيارية على ايقاظ الشعور الديني في النفوس واثارة معاني الايمان في القلوب وتذكير الانسان باليوم الآخر • يوم تجد كل نفس ما عملت من خير محضرا وما عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمدا بعيدا ، ، وبيان ما في أوامرها ونواهيها من خير ومصلحة للناس في العاجل والآجل ••• ولكن هذا كله لا يكفي لحمل الناس جميعا على طاعة أوامرها ونواهيها ، لانهم ليسوا سواء في نقطة الضمير الديني وعمق الايمان واستحضار اليوم الآخر •• كما ان من الناس ناسا تغلب عليهم نوازع الشر والهوى والشهوة والأثرة وجر المنافع ولو على حساب الاضرار بالآخرين •• ومن أجل هذا كله كان من اللازم اقتران المحظورات الشرعية بعقوبات دنيوية من شأنها ان تخيف من يريد الشر وترهب من تسول له نفسه ارتكاب الجرائم فتردعه عن اقترافها وتمنعه من الاقتراب منها • فالعقوبة ، كرادع عن الجريمة ، تجد سندها في غريزة الخوف عند الانسان وفيما جبل عليه من حرص على الأذى عن نفسه • وعلى هذا اذا رأى الانسان في الجريمة

---

(١) أما عقوبة الزنا في القوانين الوضعية ، ومنها قانون العقوبات البغدادي ، فهي مقصورة على حالة معينة سنذكرها فيما بعد •  
الشريعة الاسلامية (م-٢٦)

نفسا له وهم بارتكابها فإن شبح العقاب المرعب يردعه عنها ترجيحاً لدفع أذى العقاب على ما يتصوره من منفعة له في الاجرام ... وحتى اذا طوعت له نفسه ارتكاب الجريمة فإن ايقاع العقاب عليه يمنعه من العود اليها ، كما يزجر الآخرين عن ارتكابها لئلا يصيبهم ما أصابه .. ولهذا يقول بعض الفقهاء في عقوبات الحدود : « انها موانع قبل الفعل ، زواج بعده »<sup>(١)</sup> ، أي ان العقوبات تمنع - عادة - من ارتكاب الجريمة ، وإيقاعها بعد ارتكابها يمنع من العود اليها . فإذا ما انفكت النفوس عن الجرائم حفظت مصالح الافراد المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال ، وحفظت مصالح المجتمع وأمن الاختلال ونعم بالهدوء وبلاستقرار . وهذا هو الغرض الاول من تشريع العقاب ، وعلى أساسه جاءت العقوبة بقدر الجريمة « وجزاء سيئة سيئة مثلها » وعلى نحو تكفي للردع والزجر .

والغرض الثاني للعقوبات الشرعية اصلاح المجرم نفسه وتقويم اعوجاجه ، وقد أشار بعض الفقهاء الى هذا الغرض . فالامام الماوردي يقول ، وهو يتكلم عن عقوبات التعزير ، : « انه - أي التعزير - يوافق الحدود من وجه وهو انه تأديب واستصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب »<sup>(٢)</sup> . فالعقوبات الشرعية ، اذن ، تهدف ، أيضا ، الى علاج المجرم واصلاحه . فهي من هذه الناحية من قبيل الرحمة بهم والاحسان اليهم . وفي هذا يقول ابن تيمية : « العقوبات الشرعية انما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده ، فهي صادرة عن رحمة الله بالخلق واردة الاحسان اليهم . ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الاحسان اليهم والرحمة بهم كما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة مريضه »<sup>(٣)</sup> . ومن الواضح أن الطبيب يعالج مريضه بالدواء الذي يشفيه لا بالدواء الذي يشتهيه .. واذا كن البعض يرى في بعض العقوبات الشرعية قسوة وشدة ،

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ .

(٢) الاحكام السلطانية ص ٢١٤ .

(٣) الاختيارات لابن تيمية ص ١٧١ .



فهذا لا يمنع من صلاح هذه العقوبات وقبولها ، كما لا يمنع من قبول الدواء الشافي كونه مرا مؤلماً . . . . . وحيث ان من أغراض العقوبة الشرعية اصلاح المجرم حسب الامكان ، فقد جاءت مبرأة من معاني الانتقام . . ومن مظاهر هذه البراءة منع الشريعة من المثلة عند الاقتصاص من القاتل . فقد جاء في الحديث الصحيح أن النبي ( ص ) نهى عن المثلة<sup>(١)</sup> . وحصر المسؤولية الجنائية بالجاني وحده دون غيره من قريب أو صديق ، قال تعالى :  
« ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

ويخلص لنا مما تقدم ان العقوبة قامت على أساس ما في النفس من غريزة الخوف مما يؤدي ، ولغرض رعاية مصالح الافراد والمجتمع واصلاح المجرم جهد الامكان . وبناء على ذلك جعلت الشريعة العقوبة بقدر الجريمة ، وكافية للردع والزجر ، وخالية من معاني الظلم والانتقام . والعقوبات في القوانين الوضعية لا تبلغ مبلغ العقوبات الشرعية في حمايتها مصالح الافراد والمجتمع واصلاح الجاني ، ولا مدى قدرتها على الردع والزجر ، والواقع خير شاهد على ما نقول ، فالجرائم في ظل العقوبات الوضعية في ازدياد ، والمجرمون يكثررون ولا ينقصون .

#### ٤٧٥ - أنواع الجرائم :

الجرائم على اختلاف أنواعها يجمعها جامع واحد هو انها محظورات شرعية معاقب عليها . وقد قسمها الفقهاء الى ثلاثة أقسام بالنظر الى نوع عقوبتها . وهذه الاقسام هي : جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والديات ، وجرائم التعزير<sup>(٢)</sup> .

#### ٤٧٦ - أولا - جرائم الحدود :

وهي الزنا ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقه ، والحراة ، أي

(١) تيسير الوصول الى جامع الاصول ، لابن الديبع الشيباني ج ٤ ص ٧٦ .

(٢) وقانون العقوبات البغدادي قسم الجرائم الى ثلاثة أقسام : جنایات ، وجنح ، ومخالفات . وحدد كل قسم على أساس نوع العقوبة ومقدارها ، أنظر المواد من ٦ - ٨ من هذا القانون . وكذلك فعل قانون العقوبات المصري ، أنظر المواد من ١٠ - ١٢ من هذا القانون .

قطع الطريق ، والردة<sup>(١)</sup> .

والحد في اللغة المنع ، ومنه سمي البواب حدا إذا لمنعه الناس من الدخول . وفي الاصطلاح الشرعي عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى<sup>(٢)</sup> . ومعنى انها مقدرة أي ان الشارع هو الذي قدرها فلم يترك لغيره تحديدها . ومعنى انها وجبت حقا لله تعالى ، أي أن هذه العقوبة وجبت لمصالح عموم الناس ولدفع الضرر والفساد عنهم . فكل جريمة يرجع ضررها وفسادها الى العامة ومنفعة عقوبتها تعود اليهم ، فان العقاب المقرر لها يكون حقا لله تعالى تأكيداً لدفع الفساد والضرر عنهم وتحقيقاً للنفع لهم ، ولاعلام المخاطين بلزوم اقامة هذه العقوبة وعدم التفريط بها وضرورة رعايتها لان ما يضاف الى الله باعتباره حقا له يستلزم هذه الرعاية والعناية . وبهذا المعنى لكلمة الحد لا يعتبر القصاص حدا لانه حق المبد لا حق الله ، وكذلك لا يسمى التعزير حدا لعدم تقديره من قبل الشارع ابتداء<sup>(٣)</sup> . الا أن بعض الفقهاء يفسر معنى الحد بأنه العقوبة المقررة من قبل الشارع بغض النظر عن كونها وجبت حقا لله أو للمبد . وعلى هذا التفسير يسمى القصاص حدا أيضا<sup>(٤)</sup> .

وتكلم فيما يلي عن جرائم الحدود بايجاز للتعريف بها وبعقوباتها :

٤٧٧ - آ - الزنا :

وهي جريمة فيحة من جرائم الاعتداء على الاعراض ، وقد ورد النص الصريح بتحريمها ، فقد جاء في القرآن الكريم : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا »<sup>(٥)</sup> . وعرفها الفقهاء بأنها : « كل وطء وقع على

---

(١) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج ١ ص ٧٩ وانظر البدائع للكاساني ج ٧ ص ٣٣ ، وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ١٩٣ .  
(٢) الكاساني ج ٧ ص ٣٣ ، وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ١٩٣ .  
(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦٦ ، والكاساني ج ٧ ص ٥٦ .  
(٤) المارودي ، ص ٢١٣ - ٢١٥ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى الحنبلي ص ٢٤٤ - ٢٤٧ ، فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ .  
(٥) سورة الاسراء ، الآية ٣٢ .

غير نكاح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين»<sup>(١)</sup> . عقوبة هذه الجريمة الجلد ، والاصل فيه قوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منها مائة جلدة ... »<sup>(٢)</sup> . ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب هذه العقوبة على الزاني اذا لم يكن محصناً<sup>(٣)</sup> . أما اذا كان محصناً فعقوبته الرجم حتى الموت ، وقد ثبتت هذه العقوبة بالسنة النبوية<sup>(٤)</sup> . وقانون العقوبات المصري ، لم يعتبر كل وطء محرم زنا يعاقب عليه ، وانما اعتبره زنا اذا حصل من أحد الزوجين ، ولا يعاقب عليه الا اذا حرك الدعوى الجنائية الزوج الآخر . أما فيما عدا هذه الحالة فلا يعتبره زنا وانما يعتبره وقاعاً أو هتك عرض . ولا يعاقب على الوقاع أو هتك العرض اذا وقع بالتراضي ، وانما يعاقب عليه اذا وقع باكره أو اذا كان رضا المفعول به معياً بأن كان دون الثامنة عشرة . من عمره<sup>(٥)</sup> ، وقانون العقوبات البغدادي سلك مسلك القانون المصري<sup>(٦)</sup> .

وأساس الاختلاف بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، ومنها القانونين المصري والعراقي ، هو أن هذه القوانين تعتبر الزنا من المسائل الشخصية التي لا تمس مصلحة الجماعة ، فما دامت هذه الجريمة قد نمت بالتراضي فإن القانون لا يهتم بها ولا يعتبرها جريمة الا اذا كان أحد طرفي الجريمة زوجاً فإنه يعاقب على هذه الجريمة في هذه الحالة لحق الزوج الآخر وبشرط تحريك الدعوى من قبله . أما الشريعة الإسلامية فإنها تعتبر الزنا بجميع أنواعه من الجرائم المضرة بمصلحة الجماعة لأنها اعتداء على كيان الأسرة التي هي أساس المجتمع ، ولهذا اعتبرت العقاب فيها لحق الله ،

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٢ ، وانظر تعريفات أخرى للزنا في البدائع للكاساني ج ٧ ص ٣٣ ، وللمارودي ص ٢١٥ .

(٢) سورة النور ، الآية ٢

(٣) المبسوط ج ٩ ص ٣٦ ، المغني ج ٨ ص ١٦٦ - ١٦٧ .

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٣ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١٤٠ - ١٤١ .

(٥) المواد ٢٦٧ - ٢٧٩ من قانون العقوبات المصري . وانظر

التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج ٢ ص ٣٤٦ .

(٦) المواد من ٢٣٢ - ٢٤٠ من قانون العقوبات البغدادي .

أي لحق المجتمع • ومسلك الشريعة أقوم وأسد ، فليس من المقبول اعتبار جريمة الزنا من المسالك الشخصية التي لا علاقة لها بالمجتمع ، لأنها تؤثر في كيان الأسرة وتهزها هزاً عنيفاً وتفكك روابطها وتلوث النسل وتعادي على الاعراض • وعلى أساس نظرة الشريعة لهذه الجريمة جاءت العقوبة مؤثرة كافية للردع والزجر •

٤٧٨ - ب - القذف :

القذف شرعاً الرمي بالزنا ، أي نسبة الشخص الى الزنا بشروط معينة<sup>(١)</sup> • وهو محرم بنص القرآن ويوجب الحد وهو ثمانون جلدة اذا ما توافرت شروط الجريمة ، قال تعالى : « والذين يرمون المحصنات. ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون »<sup>(٢)</sup> • ولا وجود لهذه العقوبة في قانون العقوبات البغدادي ولا في قانون العقوبات المصري ، وإنما فيهما النص على جريمة القذف وهي أوسع مدلولاً من جريمة القذف في الشريعة ، إذ أنها تشمل على إسناد أمور لو كانت صادقة لأوجب عقاب من أسندت إليه ، ويشترط أن تتم بطرق معينة ، وعقوبتها تكون بالحبس<sup>(٣)</sup> •

٤٧٩ - ج - شرب الخمر :

وهي جريمة في نظر الشريعة الإسلامية لافسادها للعقل ، وما يترتب على ذلك من ضياع المال وارتكاب الجرائم • وقد حرمت الشريعة الإسلامية الخمر ففي القرآن الكريم : يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون • وفي السنة النبوية : « كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام » • وعقوبة هذه

(١) الدر المختار ج ٣ ص ٢٣٠ ، الكاساني ج ٢ ص ٤٠ ، المغني ج ٨ ص ٢٧٥ •

(٢) سورة النور الآية ٤

(٣) المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات المصري ، والمادة ٢٥٢ من قانون العقوبات البغدادي •

الجريمة ثبت بالسنة وهي جلد الشارب أربعين جلدة ، ويجوز الزيادة عليها الى الثمانين باعتبار أن هذه الزيادة تعزير يجوز للامام فعله<sup>(١)</sup> .

٤٨٠ - د - السرقة :

السرقة في الاصطلاح الشرعي أخذ مال الغير ظلما من غير تأويل ولا شبهة<sup>(٢)</sup> . وهي محرمة بالنص وعقوبتها قطع اليد اذا توافرت شروط الجريمة . قال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم »<sup>(٣)</sup> .

وقد نص كل من قانون العقوبات البغدادي والمصري على جريمة السرقة<sup>(٤)</sup> وجعل العقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة أو الموقته أو الحبس ، حسب الاحوال وظروف الجريمة وتعدد الجناة وانفرادهم<sup>(٥)</sup> .

٤٨١ - هـ - قطع الطريق :

وهذه الجريمة من الجرائم الخطيرة لما فيها من المجاهرة بالاجرام وترويع الناس وأخذ أموالهم بالقوة والقهر ، وما يترتب على ذلك كله من اخلال خطير بأمن الدولة<sup>(٦)</sup> . وقد عرف الفقهاء هذه الجريمة بأنها الخروج على المارة لاختذ المال مجاهرة بالقوة والقهر على وجه يتمتع الناس عن المرور وينقطع الطريق ، سواء أكان مرتكب هذه الجريمة فردا أو أكثر ، بسلاح أو بغيره ، وسموا مرتكب هذه الجريمة بالمحارب<sup>(٧)</sup> . وقد نص القرآن الكريم على تحريم هذه الجريمة وبين عقوبتها . قال تعالى : « انما جزاء

(١) المغني ج ١٠ ص ٣٢٩ ، وفتح القدير ج ٤ ص ١٨٥ .

(٢) العناية على الهداية ج ٤ ص ٢١٩ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٢ ،

الروض النضير ج ٤ ص ٢٢٨ .

(٣) سورة المائدة ج ٦ ، الآية ٣٨ .

(٤) المادة ٣١١٠ من قانون العقوبات المصري ، والمادة ٢٥٨ من قانون

العقوبات البغدادي .

(٥) المواد ٣٢٥ - ٣٢٧ ، ٣٣٦ - ٣٤٣ من قانون العقوبات المصري

والمواد ٢٧٠ - ٢٧٤ ، ٢٧٧ - ٢٧٩ من قانون العقوبات البغدادي .

(٦) تقابل هذه الجريمة ، الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٦٠

من قانون العقوبات البغدادي ، والمادة ٣١٥ من قانون العقوبات المصري .

(٧) شرح الخرشي ج ٨ ص ١٠٤ ، الكاساني ج ٧ ص ٩١ - ٩٢ .

الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم،<sup>(١)</sup> • وعقوبة قاطع الطريق أن يقتل أو يصلب إذا قتل وأخذ المال • ويقتل بلا صلب إذا قتل ولم يأخذ مالا • وتقطع يده ورجله من خلاف إذا أخذ المال ولم يقتل • وينفى من الأرض إذا أخاف السيل فقط فلم يقتل ولم يأخذ مالا<sup>(٢)</sup> • والمراد بالنفي حبس الجاني في غيره بلده<sup>(٣)</sup> •

٤٨٢ - و - الردة :

المرتد في اللغة الراجع مطلقا ، وفي الشرع الراجع عن دين الاسلام<sup>(٤)</sup> • والردة قد تكون باللفظ بأن يجري المسلم على لسانه كلمة الكفر باختياره<sup>(٥)</sup> • وتكون الردة أيضا بالأفعال كأن يأتي المسلم فعلا يدل على استخفافه بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا ، والقراءة القرآن الكريم في قدر عمدا<sup>(٦)</sup> • وحكم المرتد اماله ثلاثة أيام وعرض الاسلام عليه لعله يرجع عن رده ، فان أبى قتل<sup>(٧)</sup> • فمقوبة المرتد قتله إذا أصر على الردة ، وقد روي عن النبي (ص) أنه قال : « من بدل دينه فاقتلوه » ، وعليه اجماع الصحابة<sup>(٨)</sup> • وهذه العقوبة لا نظير لها في القوانين العقابية

(١) سورة المائدة ، الآيتان ٣٣ ، ٣٤ •

(٢) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٢ - ٨٣ ، المغني ج ٨ ص ٢٨٨ ، الكاساني ج ٧ ص ٩٣ ، فتح القدير ج ٧ ص ٢٦٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، شرح الخرشني ج ٨ ص ١٠٥ - ١٠٦ •

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٣ •

(٤) حاشية ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٣ ص ٣٩٦ •

(٥) الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٥٣ ، المغني ج ٨ ص ١٢٣ •

(٦) رد المحتار ج ٣ ص ٣٩٢ ، شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧٦ - ٥٧٧ ، شرح النيل ج ١٠ ص ٤٢٥ •

(٧) المغني ج ٨ ص ١٢٣ - ١٢٥ ، انفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٥٧ •

(٨) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٣ ، الجصاص ج ٢ ص ٢٨٦ ، نيل الاوطار ج ٧ ص ٩٨ - ١٠٠ ، التعزيز للدكتور عبدالعزيز عامر ص ١٧ •

الوضعية ، وقد بينا حكمتها وسبب هذه العقوبة باعتبارها اخلايا بالتزام المسلم واستخفافه بنظام الدولة التي اتخذت الاسلام أساسا لكيانها ونظامها<sup>(١)</sup> .

#### ٤٨٣ - ثانيا - جرائم القصاص والديات :

وهذه هي جرائم الاعتداء على النفس بانزهاقها أي جرائم القتل ، أو على ما دون النفس كالجروح وقطع الاطراف . ويسمى الفقهاء هذه الجرائم بالجنايات على النفس أو على ما دون النفس<sup>(٢)</sup> . وعقوبة هذه الجرائم اما القصاص ، واما الدية .

آ - القصاص : ويجب في القتل العمد لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى »<sup>(٣)</sup> . ولقول النبي (ص) : العمد قود<sup>(٤)</sup> . ويجب القصاص أيضا في الجرائم على ما دون النفس اذا توافرت شروطه ومنها أن تكون هذه الجرائم عمدية ويمكن اجراء القصاص . وانما يمكن اجراء القصاص اذا تحققت الماثلة بين محل الجريمة وبين ما يقابلها في الجاني المراد الاقتصاص منه في هذه المحل ، مع امكان استيفاء هذا المثل<sup>(٥)</sup> . وثبت القصاص فيما دون النفس بالكتاب والسنة<sup>(٦)</sup> .

ب - الدية : اسم للمال الذي هو بدل النفس<sup>(٧)</sup> ، أي التمييز المالي الذي يجب دفعه الى أهل المقتول . أما التمييز الواجب دفعه الى المجني عليه في جرائم الاعتداء على ما دون النفس كالجرح فان هذا التمييز يسمى الارش<sup>(٨)</sup> . وقد يطلق اسم الدية على الارش أيضا فيقال دية اليد

(١) أنظر ص ٥٢ من هذه المذكرات .

(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٣٣ .

(٣) سورة البقرة ، الآية ١٧٨ .

(٤) سنن أبي داود ج ٦ ص ٣٣٤ ، وسنن النسائي ج ٨ ص ٤٠ ،

وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٤٠ .

(٥) الكاساني ج ٧ ص ٢٩٧ ، الدر المختار ج ٥ ص ٤٨٥ .

(٦) تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٩١ وما بعدها ، المغني ج ٧ ص ٧٠٢ .

وما بعدها .

(٧) الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥٠٤ .

(٨) اللباب شرح الكتاب للميداني ج ٢ ص ٤٤ .

كذا ، وبهذا الاطلاق عرف بعض الفقهاء الدية بأنها المال الواجب بالجناية على نفس أو طرف ، أي على ما دون النفس<sup>(١)</sup> . هذا ، والدية في باب القتل أي دية النفس مقدرة في الشريعة الاسلامية ، ويختلف مقدارها باختلاف نوع المال . فهي اذا كان القتل حرا مسلما - من الابل مائة ومن الذهب ألف دينار ، ومن الفضة عشرة آلاف درهم ، ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة<sup>(٢)</sup> . وأما الارش فمنه ما قدرته الشريعة وهو الارش المقدر ، كما في قطع اليد اذ أن إرشها هو نصف الدية في النفس ، وفي كسر السن قدر الارش بنصف عشر الدية . أما الارش غير المقدر فيكون في بعض الجرائم على ما دون النفس ويقدره القاضي حسب قاعدة معينة<sup>(٣)</sup> .

٤٨٤ - والذي عليه العمل في العراق الآن في جرائم القتل العمد ، اعدام الجاني في بعض الحالات ، فقد نص قانون العقوبات البغدادي على عقوبة الاعدام في جرائم القتل العمد مع سبق الاصرار ، وفي القتل العمد بدون سبق اصرار في حالات معينة<sup>(٤)</sup> . أما الديات فقد استعويض عنها بنظام التعويض . والتعويض بمعنى الخاص هو ما يقابل الضرر مقدرا بالنقود . وقد نص القانون المدني العراقي على الزام القاتل أو الجارح بالتعويض عما أحدثه من ضرر للآخرين بسبب جريمته . كما نص أيضا على من يستحق التعويض وشروطه وما تلاحظه المحكمة عند تقديرها هذا التعويض<sup>(٥)</sup> . وما قلناه عن المطبق في العراق بالنسبة لجرائم الاعتداء على النفس وعلى ما دون النفس والعقوبات المقررة لها ونظام التعويض المأخوذ به ، يقال أيضا

- 
- (١) حاشية سعدي جليبي على الهداية والعناية ج ٨ ص ٣٠٠ .  
(٢) الكاساني ج ٧ ص ٢٥٤ ، الدر المختار ورد المختار ج ٥ ص ٥٠٤ - ٥٠٥ ويراجع أيضا المحلى ج ١٠ ص ٧٥٩ ، وسفينة النجاة ج ٢ ص ١٠١ .  
الروض النضير ج ٤ ص ٢٤٨ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٤ .  
(٣) المغني ج ٨ ص ٥٧ - ٥٨ ، شرح الحزشي ج ٨ ص ٣٤ ، المختصر النافع ص ٣٢٥ .  
(٤) المواد ٢١٢ ، ٢١٣ ، ٢١٤ ، من قانون العقوبات البغدادي .  
(٥) المواد ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، من القانون المدني العراقي .



عما هو مطبق في الجمهورية العربية المتحدة<sup>(١)</sup> .

#### ٤٨٥ - ثالثا - جرائم التعزير :

التعزير ، لغة التأديب . وشرعا تأديب على أفعال نهت الشريعة عنها ولم تشرع لها عقابا محددا<sup>(٢)</sup> . فجرائم التعزير ، اذن ، محظورات شرعية ليس لها عقوبة مقدرة من قبل الشارع ، مثل الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وأكل الربا والقذف بغير الزنا ، والشتم والسباب ، والتطيف في الكيل والميزان ونحو ذلك<sup>(٣)</sup> .

والامام ، هو الذي يقدر عقوبة التعزير ، ولهذا قال الفقهاء ان من الفروق بين الحد والتعزير ان الحد مقدر والتعزير مفوض الى رأي الامام<sup>(٤)</sup> . والامام ، أو نائبه ، كالقاضي ، في تقديره عقوبة التعزير لا يصدر عن هوى وانما يلاحظ جسامة الجريمة وظروفها ومقدار ضررها وحال الجاني من كونه من ذوي المروآت ولم يرتكب من قبل جريمة ، أو كونه من ذوي السوابق والاجرام . كما يلاحظ ما به يتم ردع وانزجار الجاني وعدم عوده الى مثل فعله في المستقبل<sup>(٥)</sup> . ونظام التعزير في العقوبات مما انفردت به الشريعة الاسلامية . وهناك اتجاه في الوقت الحاضر عند بعض كبار علماء القانون الجنائي الى ترك تحديد العقوبة ، نوعا ومقدارا ، الى اجتهاد القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغرض من تشريعها<sup>(٦)</sup> .

---

(١) المادتان ٢٣٠ ، ٢٣٤ ، من قانون العقوبات المصري ، والمواد

١٧٠ ، ١٧١ ، ٢٢٢ ، من القانون المدني المصري .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ج ٢ ص ٢٥٨ ، والماءيردي

ص ٢٢٧ ، أبو يعلى الحنبلي ص ٢٦٣ .

(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١١٩ - ١٢٠ ، رد المحتار

ج ٣ ص ٢٥١ .

(٤) رد المحتار ج ٣ ص ٢٤٥ .

(٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٠ ، تبصرة الحكام لابن

(٦) التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج ١

ص ١٥٩ .

#### ٤٨٦ - سريان القانون الجنائي الاسلامي من حيث المكان :

المبدأ المأخوذ به في القوانين الجنائية الحديثة هو مبدأ اقليمية القانون الجنائي . وهذا المبدأ له شقان : الاول ان القانون الجنائي في دولة ما يطبق في اقليمها فقط فيحكم كل ما يقع على اقليمها من جرائم أيا كانت جنسية مرتكبيها . والشق الثاني لهذا المبدأ هو أن القانون الجنائي لا يمتد الى خارج اقليم الدولة ، فلا سلطان له على ما يقع هناك من جرائم . ولكن ترد على هذا المبدأ بشقيه استثناءات تعطل تطبيقه داخل الاقليم أو تمتد من سلطانه الى خارج هذا الاقليم<sup>(١)</sup> . وقد أخذ كل من القانون الجنائي العراقي والمصري بهذا المبدأ<sup>(٢)</sup> .

٤٨٧ - والقانون الجنائي الاسلامي في أصله قانون عالمي لانه جزء من الشريعة الاسلامية ، وهي بطبيعتها شريعة عالمية لا اقليمية تطبق على الناس كافة في جميع بقاع الارض ، وهم مخاطبون بأحكامها . ولكن لعدم ولاية وسلطان دار الاسلام - الدولة الاسلامية - على ما سوى اقليمها فقد تعذر تطبيقها في خارج اقليمها . وعلى هذا فالشريعة الاسلامية - ومنها القانون الجنائي - من حيث الناحية النظرية العلمية شريعة عالمية ومن حيث الوقائع والضرورات العملية شريعة اقليمية . وفي هذا يقول الامام أبو يوسف : « ولأن الأصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة الا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الاسلام فلزم التنفيذ فيها »<sup>(٣)</sup> . فالقانون الجنائي الاسلامي ، اذن ، قانون اقليمي من حيث الوقائع

---

(١) شرح قانون العقوبات العراقي - القسم العام - للدكتور مصطفى كامل ص ٩٥ - ٩٦ ؛ وشرح قانون العقوبات المصري - القسم العام - للدكتور محمود محمود مصطفى ص ٥٨ .

(٢) الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي : « تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في العراق أية جريمة تدخل ضمن نطاق أحكامه » ، وانظر المادة الاولى من قانون العقوبات المصري رقم ٨ لسنة ١٩٥٧ .

(٣) الكاساني ص ٣١١ .

فينطبق علي جميع الجرائم التي تقع في دار الاسلام بغض النظر عن جنسية مرتكبيها أو دياتهم ، وهذه هي القاعدة العامة<sup>(١)</sup> . الا أن في بعض جزئياتها اختلافا قليلا بين الفقهاء بالنسبة للذمين ، واختلافا أكثر بالنسبة الى المستأمنين<sup>(٢)</sup> . وقد استثنى جمهور الفقهاء غير المسلم من عقوبة شرب الخمر رعاية لعقيدته في حلها<sup>(٣)</sup> . وذهب الفقهاء الآخرون الى غير ما ذهب اليه الجمهور في هذه المسألة ، فعند الظاهرية تجب عقوبة شرب الخمر علي شاربها مسلما كان أو غير مسلم<sup>(٤)</sup> . وعند الجعفرية يعاقب غير المسلم بالعقوبة المقررة اذا تظاهر بشرب الخمر<sup>(٥)</sup> . وعند الزيدية يحد شارب الخمر اذا سكر لتحريم السكر عليهم<sup>(٦)</sup> وهذا القول هو الراجح لان الخمر مفسدة للمقول ، وفي الانجيل ما يدل علي تحريم السكر فقد جاء فيه : « أما تعلمون ان الظالمين لا يرثون ملكوت الله ... ولا السكيرون »<sup>(٧)</sup> .

#### ٤٨٨ - سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام :

ذهب جمهور الفقهاء الى سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام بالنسبة لرعاية الدولة الاسلامية ، فاذا زنى أحدهم هناك ثم رجع الى

(١) شرح السير الكبير ج ١ ص ٢٠٧ ، و ج ٤ ص ١٠٨ ، المبسوط ج ٣ ص ١٢١ ، الام للشافعي ج ٦ ص ٤٠ ، المحلي لابن حزم ج ٩ ص ٤٢٥ ، الخلاف للطوسي ج ٣ ص ٢٤٢ ، اختلاف الفقهاء للطبري ص ٥٤ ، البحر الزخار ج ٥ ص ١٤٨ ، التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبدالقادر عودة ج ١ ص ٢٨٥ .

(٢) كتابنا أحكام الذمين والمستأمنين ص ٢٢٥ وما بعدها .

(٣) شرح الخرشي ج ٨ ص ١٠٨ ، كشف القناع ج ٤ ص ٥٥ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٨٧ .

(٤) المحلي ج ١١ ص ٣٧٢ .

(٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ، الفصل الرابع ، كتاب الحدود ، سفينة النجاة ج ٢ ص ٧٢ .

(٦) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦١ .

(٧) انجيل يوحنا ، الاصحاح السادس ، مطبعة الاباء الدومنيكين في الموصل ، سنة ١٨٩٩ ، الطبعة الثانية ، ص ٤٧٤ .

دار الاسلام فأقر بزناه أمام القاضي المسلم أقام عليه الحد • والنحجة لما ذهب اليه الجمهور ، ان المسلم باسلامه التزم أحكام الاسلام فلا يفارقه هذا الالتزام ايما كان وأنى ذهب ، وان الذمي التزم بعقد الذمة أحكام الاسلام فلا يفارقه هذا الالتزام أيضا الا اذا نقض العهد • وانه اذا تعذر تنفيذ العقوبة على المسلم والذمي في خارج الدولة الاسلامية فان التنفيذ مسكن في دار الاسلام اذا رجعا اليها<sup>(١)</sup> • هذا ، وان قانون العقوبات البغدادي نص على سريان أحكامه الى خارج العراق ، فتطبق على العراقيين اذا ارتكبوا جرائم ضد سلامة الدولة العراقية وعملتها أو طوابعها أو سنداتھا المالية<sup>(٢)</sup> • كما نص على حالات أخرى يطبق فيها هذا القانون على العراقيين اذا ارتكبوا جريمة خارج العراق<sup>(٣)</sup> • وكذلك نص قانون العقوبات المصري على بعض الحالات التي يطبق فيها القانون المصري على رعايا الجمهورية العربية المتحدة في الخارج اذا ارتكبوا بعض الجرائم التي نص عليها هذا القانون<sup>(٤)</sup> •

#### ٤٨٩ - الخاتمة :

وبهذا أُنْتهى من الابحاث التي رأيت من المفيد تقديمها في هذا المدخل اني طلبتنا الاعزاء ، والله أسأل أن يوفقني واياهم الى خدمة شريعته والدعوة الى الاخذ بأحكامها ، والحمد لله أولا وآخرا وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين •

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ ، المغنى ص ٢١٩ ، المهذب ج ٢ ص ٢٥٨ ، المدونة الكبرى ج ٤ ص ٣٨٤ ، المحلى لاسن حزم ج ١٠ ص ٣٦٠ ، البحر الزخار ج ٥ ص ٤٩ ، التشريع الجنائي الاسلامي للمرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٢٩٧ •

(٢) الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي •

(٣) الفقرة (د) من المادة الثانية من قانون العقوبات البغدادي •

(٤) المادة الثانية من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ وتعديلاته ، والمادة الثالثة منه •

# الفهرست

الصفحة

## المقدمة

- ٩ - ٤ الاجتماع الانساني ضروري للبشر فقرة (١) أنواع الشرائع (٢) تبرير انزال الشرائع السماوية (٣) الشريعة الاسلامية خاتمة الشرائع السماوية (٤) ماضي الشريعة الاسلامية وحاضرها (٥) المستقبل للشريعة الاسمية (٦) الاقبال على دراسة الشريعة (٧) الطريقة النافعة لدراسة الشريعة (٨) منهج البحث (٩) .

## القسم الاول

### في التعريف بالشريعة الاسلامية وخصائصها

١٣ - ١٠٥

والفقه الاسلامي وتاريخه ومدارسه ومصادره

## الباب الاول

### في التعريف بالشريعة والفقه

تمهيد ومنهج البحث (١٠) .

## الفصل الاول

١٤ - ٣٧

### العرب قبل الاسلام

### حالتهم الاجتماعية والقانونية

تمهيد (١١) .

## المبحث الاول

### حالة العرب الاجتماعية

- ١٦ - ٢٤ حياة البداوة (١٢) حياة الحضر (١٣) أساس نظامهم الاجتماعي (١٤) العصبية القبلية ونتائجها (١٥) القتال بين القبائل (١٦) اكبار شأن الرجل واستصغار شأن المرأة (١٧) الصفات الجميلة عند العرب (١٨) أثر الاسلام في حالتهم الاجتماعية (١٩) ما ترتب على هدم العصبية القبلية (٢٠) ابطال الاسلام عادة الغزو والنهب (٢١) انكار الاسلام وأد البنات (٢٢) ما أقره الاسلام من عادات الجاهلية (٢٣) الخلاصة (٢٤) .

## المبحث الثاني

### الحالة القانونية عند العرب

٢٥ - ٣٧

- تمهيد (٢٥) اولاً - في قانون الاسرة - النكاح وبعض ما يتعلق به (٢٦) نكاح الشغار (٢٧) نكاح المقت (٢٨) الجمع بين الاختين (٢٩) المحرمات من النساء في النكاح (٣٠) المهر (٣١) ثانياً - فرق النكاح (٣٢) الطلاق

(٣٣) تنظيم الشريعة للطلاق (٢٤) الخلع (٣٥) الايلاء (٣٦) الظهار (٣٧)  
آثار الفرق (٣٨) ثالثا - الوصية والميراث - الوصية (٣٩) الميراث (٤٠)  
ثانيا - في المعاملات - عقد الشركة ، المضاربة ، السلم ، القرض والربا ،  
الرهن ، أنواع البيوع (٤١) القصاص والديات (٤٢) في البيئات  
- القسامة (٤٣) اليمين في الدعاوى (٤٤) .

## الفصل الثاني

٦١ - ٣٨

### الشريعة الإسلامية

#### تعريفها وبيان خصائصها

الشريعة في اللغة والاصطلاح (٤٥) خصائص الشريعة (٤٦) أولا -  
الشريعة من عند الله (٤٧) ما يترتب على كون الشريعة من عند الله (٤٨) .  
(٤٩) ثانيا - الجزء في الشريعة دنيوي وآخرى (٥٠) مدى الاتفاق  
والاختلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية في مسألة الجزء (٥١) الجزء  
الآخرى (٥٢) ثالثا - عموم الشريعة وبقاؤها (٥٣) ما يستلزمه عموم  
الشريعة (٥٤) ابتناء الشريعة على جلب المصالح ودرء المفاسد (٥٤)  
مكرر ( مبادئ الشريعة وطبيعة أحكامها (٥٥) النوع الاول -  
أحكام العقيدة (٥٦) أحكام الاخلاق (٥٧) الاحكام التفصيلية (٥٨) النوع  
الثاني من الاحكام (٥٩) مصادر الاحكام (٦٠) رابعا - شمول الشريعة  
(٦١) الاحكام العملية (٦٢) خصائص الشمول (٦٣) الجانب الدبني  
في المعاملات (٦٤) .

## الفصل الثالث

٦٢ - ٦٩

### تعريف الفقه الاسلامي

#### وبيان خصائصه

الفقه في اللغة (٦٥) الفقه في الاصلاح الشرعي (٦٦) تغير مفهوم الفقه  
الاصطلاحي (٦٧) ما آل اليه مفهوم الفقه في الاصطلاح (٦٨) علاقه الفقه  
بالشريعة (٦٩) خصائص الفقه الاسلامي (٧٠) مرونة الفقه وقابليته  
للبقاء (٧١) العرف وأهميته (٧٢) الاجماع وأهميته (٧٣) .

## الفصل الرابع

٧٠ - ٨٩

### علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السابقة

تمهيد (٧٤)

#### المبحث الاول

٧٠ - ٧٣

### علاقة الشريعة الإسلامية بالشرائع السماوية

تعدد الشرائع السماوية (٧٥) أوجه العلاقة بين الشريعة وغيرها من  
الشرائع السماوية السابقة (٧٦) .

## المبحث الثاني

## علاقة الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني

تمهيد (٧٧) أدلة القائلين بتأثير الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني  
 (٧٨) مناقشة الدليل الأول ونقضه (٧٩) مناقشة الدليل الثاني ونقضه  
 (٨٠) مناقشة دليلهم الثالث ونقضه (٨١) مناقشة دليلهم الرابع  
 ونقضه (٨٢) مناقشة الدليل الخامس ونقضه (٨٣) الخلاصة (٨٤)

## الفصل الخامس

## شرح بعض القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

تمهيد (٨٥) القاعدة الأولى - الأمور بمقاصدها (٨٦) العبرة في العقود  
 للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (٨٧) الأصل في الكلام الحقيقة (٨٨)  
 أعمال الكلام أولى من أفعاله (٨٩) لا ينسب إلى ساكت قول (٩٠) لا مسأغ  
 للاجتهاد في معرض النص (٩١) اليقين لا يزول بالشك (٩٢) الأصل  
 براءة الذمة (٩٣) البيينة على من ادعى واليمين على من أنكر (٩٤) ما حرم  
 أخذه حرم إعطاؤه (٩٥) التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (٩٦) لا ضرر  
 ولا ضرار (٩٧) الضرر يزال (٩٨) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر  
 العام (٩٩) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (١٠٠) الضرورات تبيح  
 المحظورات (١٠١) الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة (١٠٢)  
 درء المفاسد أولى من جلب المنافع (١٠٣) العادة محكمة (١٠٤) لا ينكر  
 تغير الأحكام بتغير الأزمان (١٠٥) العبرة للغالب الشائع لا للنادر (١٠٦)  
 الغرم بالغنم (١٠٧) جناية العجماء جبار (١٠٨) لا يجوز التصرف في ملك  
 الغير بلا إذنه (١٠٩) الأجر والضمان لا يجتمعان (١١٠) من استعمل  
 الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه (١١١) .

## الباب الثاني

## أدوار الفقه

١٠٦ - ١٨١

تمهيد (١١٢) .

## الفصل الأول

## الدور الأول

عصر النبي (ص) أهم العصور (١١٣) التشريع المكي (١١٤) التشريع  
 المدني (١١٥) طريقة التشريع (١١٦) مميزات التشريع في هذا الدور  
 (١١٧) التدرج في التشريع (١١٨) رفع الحرج (١١٩) النسخ (١٢٠)  
 الاجتهاد في هذا العصر وأثره في التشريع (١٢١) من اجتهادات النبي (ص)  
 في هذا العصر (١٢٢) من اجتهادات الصحابة (١٢٣) الاجتهاد ليس مصدرا  
 للتشريع (١٢٤) لا اختلاف في هذا العصر (١٢٥) التدوين في هذا العصر  
 (١٢٦) .

(٢٧-م) الشريعة الإسلامية

## الفصل الثاني

### الدور الثاني

- تمهيد (١٢٧) طريقة الفقهاء في هذا الدور في التعرف على الاحكام (١٢٨) ١١٨ - ١٣١  
البرهان على صحة طريقتهم في التعرف على الاحكام (١٢٩) المقصود  
بالرأى (١٣٠) التفاتهم الى تحليل الاحكام ورعاية المصلحة (١٣١) أحكام  
وردت بها النصوص ولم تطبق ، وتوجيه ذلك (١٣٢) الاحكام المستنبطة  
على اساس جلب المصلحة ودفع المفسدة (١٣٣) تقديرهم لأرائهم (١٣٤)  
الاثر من الرى والاقبال منه (١٣٥) الاختلاف فى الرى (١٣٦) أسباب  
اختلاف الفقهاء فى هذا العصر (١٣٧) الاختلاف قليل لا كثير (١٣٨) أكثر  
فقهاء الصحابة افتاء (١٣٩) التدوين فى هذا العصر (١٤٠) .

## الفصل الثالث

### الدور الثالث

- تمهيد (١٤١) اتساع دائرة الفقه وكثرة اختلاف فى مسائله (١٤٢) ١٣٢ - ١٤٠  
شيوخ رواية الحديث ، سببه واثره (١٤٣) ظهور مدرسة أهل الحديث  
ومدرسة أهل الرأى (١٤٤) اساس الخلاف بين المدرستين (١٤٥)  
أسباب وجود مدرسة الحديث فى المدينة ومدرسة الرأى فى الكوفة  
(١٤٦) رئيس مدرسة أهل الحديث ، ورئيس مدرسة أهل الرأى (١٤٧)  
التدوين فى هذا الدور (١٤٨) .

## الفصل الرابع

### الدور الرابع

- تمهيد (١٤٩) ازدهار الفقه وأسبابه (١٥٠) ظهور المذاهب الاسلامية ١٤١ - ١٤٥  
(١٥١) .

## الفصل الخامس

### الدور الخامس

- تمهيد (١٥٢) جنوح الفقهاء الى التقليد (١٥٣) سد باب الاجتهاد (١٥٤) ١٤٦ - ١٤٩  
عمل الفقهاء فى هذا العصر (١٥٥) .

## الفصل السادس

### الدور السادس

- تمهيد (١٥٦) المتون والشروح والحواشي (١٥٧) كتب الفتاوى (١٥٨) ١٥٠ - ١٥٤  
التقنين (١٥٩) ملاحظات على التقنينات (١٦٠) النهضة الفقهية  
الحديثة (١٦١) .

## الفصل السابع

### التعريف ببعض المجتهدين ومذاهبهم الفقهية

- تمهيد (١٦٢) أبو حنيفة (١٦٣) أبو حنيفة زعيم أهل الرأى (١٦٤) ١٥٥ - ١٨١



## الصفحة

أبو حنيفة وألحديث (١٦٥) طريقته في التدريس (١٦٦) اصول  
استنباط أبي حنيفة (١٦٧) تلامذته وتدوين فقهه (١٦٨) مالك ابن  
أنس (١٦٩) اصول مذهبه (١٧٠) تلامذة مالك (١٧١) تدوين فقهه  
ونقنه (١٧٢) الشافعي (١٧٣) فقه الامام الشافعي (١٧٤) اصول  
مذهبه (١٧٥) تدوين الفقه انشافعي ونقله (١٧٦) أحمد بن حنبل  
(١٧٧) اصول فقهه (١٧٨) تدوين مذهبه ونقله (١٧٩) زيد بن علي  
(١٨٠) تدوين الفقه الزيدي ونقله (١٨١) اصول المذهب الزيدي (١٨٢)  
جعفر الصادق (١٨٣) أدلة الفقه الجعفري (١٨٤) نقل الفقه الجعفري  
وانتشاره (١٨٥) المذاهب المندرسة (١٨٦) الاوزاعي (١٨٧) سفيان  
الثوري (١٨٨) الليث ابن سعد (١٨٩) داود انظاهري (١٩٠) ابن جرير  
الطبري (١٩١) .

## الباب الثالث مصادر الفقه

٢١٣ - ١٨٢

تمهيد ، ومنهج البحث (١٩٢) .

### الفصل الاول

١٩٥ - ١٨٤

#### المصادر الاصلية المبحث الاول الكتاب

تعريف الكتاب (١٩٣) خصائص الكتاب (١٩٤) انواع احكام القرآن  
(١٩٥) بيان القرآن للاحكام (١٩٦-١٩٧) ربط الاحكام بالعقيدة (١٩٨)  
اسلوب القرآن في بيان الاحكام (١٩٩) حكمة تكرار الحكم الواحد  
وبت الاحكام في سور القرآن (٢٠٠) .

#### المبحث الثاني السنة

تعريف السنة (٢٠١) الدليل على حجية السنة (٢٠٢) انواع السنة  
باعتبار سندها (٢٠٣) انواع السنة من حيث ماهيتها (٢٠٤) السنة  
تشريع وغير تشريع (٢٠٥) انواع الاحكام التي جاءت بها السنة (٢٠٦)  
مرتبة السنة في الاحتجاج (٢٠٧) .

### الفصل الثاني المصادر التبعية

المبحث الاول : الاجماع - تعريفه (٢٠٨) مستند الاجماع (٢٠٩) انواع  
الاجماع (٢١٠) امكان الاجماع وهل وقع فعلا (٢١١) أهمية الاجماع  
في الوقت الحاضر (٢١٢) المبحث الثاني : القياس - تعريفه (٢١٣)

أمثلة على القياس (٢١٤) حجية القياس (٢١٥) المبحث الثالث : الاستحسان - تعريفه (٢١٦) أنواعه ، النوع الاول (٢١٧) النوع الثاني (٢١٨) حجية الاستحسان (٢١٩) المبحث الرابع : المصالح المرسله - تمهيد (٢٢٠) تعريف المصالح المرسله (٢٢١) حجية المصالح المرسله (٢٢٢) المبحث الخامس : سد الذرائع ، معناها وما يمنع من الافعال (٢٢٣ و ٢٢٤) حجية هذا الاصل (٢٢٥) المبحث السادس : العرف - تعريفه (٢٢٦) أنواعه (٢٢٧) العرف المعتبر (٢٢٨) تغير الاحكام بتغير العرف (٢٢٩) المبحث السابع : مذهب الصحابي - تمهيد (٢٣٠) تحرير محل اختلاف العلماء (٢٣١) مدى حجية مذهب الصحابي (٢٣٢) المبحث الثامن : شرع من قبلنا - المقصود به (٢٣٣) اختلاف العلماء فيه - تحرير محل الاختلاف (٢٣٤) مدى حجتيه (٢٣٥) المبحث التاسع : الاستصحاب - تعريفه (٢٣٦) ما بني على الاستصحاب من مبادئ وقواعد (٢٣٧) مرتبة الاستصحاب في الاحتجاج به (٢٣٨) .

## القسم الثاني

### الباب الاول

#### نظام الملكية

٢١٦ - ٢٨٤

### الفصل الاول

#### المال وأقسامه

تعريف المال (٢٣٩) ما يترتب على تعريف المال (٢٤٠) الحقوق والمنافع (٢٤١) الادلة على مالية المنافع وعدمها ، والراجح من القولين (٢٤٢) ما يترتب على الخلاف في مالية المنافع (٢٤٣) تقسيمات المال (٢٤٤) المتقوم وغير المتقوم (٢٤٥) ما يترتب على قسمة المال الى متقوم وغير متقوم (٢٤٦) العقار والمنقول (٢٤٧) فائدة تقسيم المال الى عقار ومنقول (٢٤٨) المثلي والقيمي (٢٤٩) ما يترتب على هذه القسمة (٢٥٠) .

## الفصل الثاني

#### الملك او الملكية

تعريف الملك (٢٥١) الملك والمال (٢٥٢) ما يقبل الملك من الاموال وما لا يقبله (٢٥٣) انواع الملك (٢٥٤) المبحث الاول : الملك الناقص - تمهيد (٢٥٥) ملك العين فقط (٢٥٦) خصائص هذا النوع من الملك (٢٥٧) ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي (٢٥٨) الفرق بين الملك والاباحة (٢٥٩) أسباب ملك المنفعة (٢٦٠) أحكام هذا النوع من الملك (٢٦١) انتهاء حق الانتفاع (٢٦٠) أحكام هذا النوع من الملك (٢٦١)

انتهاء حق الانتفاع الشخصي (٢٦٢) حق الانتفاع العيني - تمهيد  
(٢٦٣) حق الشرب (٢٦٤) حق المجرى (٢٦٥) حق المسيل (٢٦٦) حق  
المروور (٢٦٧) حق التعلي (٢٦٨) حق الجوار (٢٦٩) أسباب ثبوت ملكية  
حقوق الارتفاق (٢٧٠) الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي  
(٢٧١) المبحث الثاني : الملك التام - تمهيد (٢٧٢) خصائص الملك  
التام (٢٧٣) طبيعة حق الملكية (٢٧٤) قيود حق الملكية (٢٧٥) .

## الفصل الثالث

### أسباب الملك التام

٢٨٤ - ٢٤٧ تعداد أسباب الملك التام (٢٧٦) تقسيم هذه الأسباب الى عدة تقسيمات  
(٢٧٧) المبحث الاول : الاستيلاء على الاموال المباحة - المقصود بذلك  
(٢٧٨) الصيد - تعريفه (٢٧٩) حل الصيد وما يحرم منه (٢٨٠)  
الاستيلاء الحقيقي والحكمي في باب الصيد (٢٨١) الكلا والآجام (٢٨٢)  
المعادن والكنوز - تعريفها (٢٨٣) أحكام المعدن (٢٨٤) ما يجب في  
المعدن لبيت المال (٢٨٥) معادن البحر (٢٨٦) الكنز وحكمه (٢٨٧)  
احياء الارض الموات (٢٨٨) المقصود بالاحياء (٢٨٩) التحجير (٢٩٠)  
اذن الامام بالاحياء (٢٩١) حكم الارض بعد تركها وتعطيلها (٢٩٢)  
المبحث الثاني : العقود الناقلة للملكية - أنواعها (٢٩٣) المبحث  
الثالث : الميراث - تعريفه وبعض أحكامه (٢٩٤) المبحث الرابع : الشفعة  
- تعريفها (٢٩٥) حكمة مشروعيته (٢٩٦) في أي شيء تثبت الشفعة  
(٢٩٧) سبب استحقاق الشفعة (٢٩٨) مراتب الشفعة (٢٩٩) تزام  
الشفعة (٣٠٠) شروط الشفعة (٣٠١) الشرط الاول (٣٠٢) الشرط  
الثاني (٣٠٣) الشرط الثالث (٣٠٤) الشرط الرابع (٣٠٥) اجراءات  
طلب الشفعة (٣٠٦) وجوب طلب المشفوع فيه كله (٣٠٧) مراحل  
الطلب (٣٠٨) ما يجب على الشفيع اداؤه (٣٠٩) تصرفات المشتري في  
المشفوع فيه (٣١٠) مسقطات الشفعة (٣١١) .

## الباب الثاني

### نظرية العقد

#### تمهيد

العقد والتصرف (٣١٢) الالتزام (٣١٣) منهج البحث (٣١٤)

## الفصل الاول

### تكوين العقد

٣٠٦ - ٢٨٨ المبحث الاول : الايجاب والقبول - تمهيد وشروط الايجاب والقبول  
(٣١٥ و ٣١٦) الشرط الاول (٣١٧) الشرط الثاني (٣١٨) الشرط

## الصفحة

الثالث (٣١٩) الشرط الرابع (٣٢٠) العبارة الواحدة وأثرها في انشاء العقود (٣٢٣) المبحث الثاني : صيغة العقد - التعريف بصيغة العقد (٣٢٤) التعبير عن الارادة باللفظ (٣٢٥ ، ٣٢٦) التعبير عن الارادة بغير اللفظ (٣٢٧) الكتابة (٣٢٨) الاشارة (٣٢٩) الافعال (٣٣٠) السكوت (٣٣١) المبحث الثالث : الارادة الباطنة والارادة الظاهرة - تعريفهما (٣٣٢) حالات عدم تطابق الارادتين (٣٣٣) الحالة الاولى (٣٣٤) الحالة الثانية (٣٣٥) الحالة الثالثة (٣٣٦) الحالة الرابعة (٣٣٧) الحالة الخامسة (٣٣٨) الحالة السادسة (٣٣٨) الحالة السابعة (٣٤٠) الحالة الثامنة (٣٤١) .

## الفصل الثاني

### محل العقد

تعريفه (٣٤٢) شروطه (٣٤٣) أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا (٣٤٤) ٣٠٧ - ٣١١ وجوده حين العقد (٣٤٥) أن يكون معلوما (٣٤٦) أن يكون مقدورا على تسليمه (٣٤٧) .

## الفصل الثالث

### العقد

تمهيد (٣٤٨) - المبحث الاول : الاهلية - تعريفها (٣٤٩) أهلية الوجوب (٣٥٠) أهلية الاداء (٣٥١) الاهلية الكاملة والاهلية الناقصة (٣٥٢) الدور الاول - دور الجنين (٣٥٣) الدور الثاني - دور الانفصال الى سن التمييز (٣٥٤) الدور الثالث - دور التمييز الى البلوغ (٣٥٥) الدور الرابع - البلوغ مع الرشد (٣٥٦) المبحث الثاني : عوارض الاهلية - تمهيد (٣٥٧) العوارض السماوية - أولا - الجنون - تعريفه (٣٥٨) الحجر على المجنون (٣٥٩) ثانيا العته - تعريفه (٣٦٠) المعتوه في القانونين العراقي والمصري (٣٦١) ثالثا - النوم والاعماء (٣٦٢) رابعا - مرض الموت (٣٦٣) نكاح المريض (٣٦٤) طلاق المريض (٣٦٥) طلاق المريض في القانون العراقي والمصري (٣٦٦) العوارض المكتسبة : أولا - السفه (٣٦٧) دفع المال الى من بلغ سفهها (٣٦٨) المقصود بالرشد (٣٦٩) القول الراجع (٣٧٠) الحجر على السفه واختلاف الفقهاء فيه (٣٧١) أدلة الجمهور (٣٧٢) أدلة أبي حنيفة (٣٧٣) القول الراجع (٣٧٤) متى يتم الحجر على السفه (٣٧٥) حكم تصرفات السفه المحجور (٣٧٦) السفه في القانون المدني العراقي (٣٧٧) السفه في القانون المصري (٣٧٨) السكر - تعريفه (٣٧٩) السكر بطريق مباح (٣٨٠) السكر بطريق معذور (٣٨١) مؤاخذة السكران على تصرفاته وأقوال

العقهاء في هذه المسألة وأدلتهم (٣٨٢ ، ٣٨٣) القول الراجع (٣٨٤)  
حكم السكران في القوانين الوضعية (٣٨٥) • المبحث الثالث : الولاية -  
تعريفها (٣٨٦) أنواع الولاية (٣٨٧) الولاية على النفس والمال (٣٨٨)  
شروط الولاية المالية على الصغير ومن في حكمه (٣٨٩) تصرفات الولي  
(٣٩٠) • المبحث الرابع : الوكالة - تمهيد (٣٩١) ركن الوكالة (٣٩٢)  
شروط الوكالة (٣٩٣) أقسام الوكالة (٣٩٤) انابة الوكيل غيره (٣٩٥)  
تعدد الوكلاء (٣٩٦) حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع (٣٩٧) علاقة الوكيل  
بموكله (٣٩٨) انتهاء الوكالة (٣٩٩) • المبحث الخامس : الفضولي -  
تعريفه (٤٠٠) حكم عقد الفضولي وأقوال الفقهاء فيه (٤٠١) الراجع  
من القولين وشروط الاخذ به (٤٠٢) أثر الاجازة (٤٠٣) شروط صحة  
الاجازة (٤٠٤) فسخ العقد قبل الاجازة (٤٠٥) •

## الفصل الرابع

### عيوب العقد

تمهيد (٤٠٦) • المبحث الاول : الغلط - تعريفه (٤٠٧) الغلط الباطني  
والظاهري (٤٠٨) أثر الغلط في العقد (٤٠٩) المبحث الثاني : الغبن  
والتفريط (٤١٢) أنواع التفريط (٤١٣) أثر الغبن والتفريط في العقد  
(٤١٤) أثر الغبن وحده (٤١٥) أثر التفريط وحده (٤١٦) أثر الغبن  
والتفريط مجتمعين (٤١٧) • المبحث الثالث : الاكراه - تعريفه وشروطه  
(٤١٨) أنواع الاكراه (٤١٩) أثر الاكراه في عقود المكره وتصرفاته عند  
الاحناف (٤٢٠) عند غير الاحناف (٤٢١) رد الاحناف على مخالفهم  
(٤٢٢) القول الراجع (٤٢٣) •

## الفصل الخامس

### اقسام العقد

تمهيد (٤٢٤) • المبحث الاول : العقد باعتبار وصفه - تمهيد (٤٢٥)  
الصحيح وغير الصحيح (٤٢٦) أقسام غير الصحيح عند الحنفية (٤٢٧)  
الصحيح وغير الصحيح عند الجمهور (٤٢٨) النافذ والموقوف (٤٢٩)  
اللازم وغير اللازم (٤٣٠) • المبحث الثاني : العقد باعتبار اتصال حكمه  
بصيغته - المقصود بذلك (٤٣١) أولا - العقود المنجزة (٤٣٢) ثانيا -  
العقود المضافة الى المستقبل (٤٣٣) ما يقبل الاضافة من العقود وما لا  
يقبلها (٤٣٤) العقود المعلقة (٤٣٥) ما يقبل التعليق وما لا يقبله (٤٣٦) •  
المبحث الثالث : أقسام العقد باعتبار نوع آثاره (٤٣٧) تقسيم العقود  
الى مجموعات باعتبار آثارها (٤٣٨) •

## الفصل السادس

### الخيارات

- تمهيد (٤٣٩) • المبحث الاول : خيار الشرط - تعريفه (٤٤٠) مدته ٣٧٧ - ٣٩١  
 (٤٤١) العقود التي يجري فيها خيار الشرط (٤٤٢) أثر الخيار في العقد  
 (٤٤٣) انتهاء خيار الشرط (٤٤٤) المبحث الثاني : خيار التعيين -  
 معناه (٤٤٥) الاختلاف في جوازه (٤٤٦) شروط صحته (٤٤٧)  
 مسقطاته (٤٤٨) ورائته (٤٤٩) • المبحث الثالث : خيار الرؤية -  
 تعريفه (٤٥٠) معنى الرؤية وما تتحقق به (٤٥١) العقود التي يثبت فيها  
 خيار الرؤية (٤٥٢) ما يشترط لثبوته (٤٥٣) وقت ثبوته ومدته (٤٥٤)  
 أثره في العقد (٤٥٥) مسقطاته (٤٥٦) • المبحث الرابع : خيار العيب -  
 تعريفه (٤٥٧) العيب الذي يثبت فيه الخيار (٤٥٨) سبب خيار العيب  
 (٤٥٩) شروط ثبوته (٤٦٠) أثره في العقد (٤٦١) سقوطه (٤٦٢)  
 الرجوع بنقصان العيب (٤٦٣) ورائته (٤٦٤) •

## الفصل السابع

### مدى سلطان الارادة في انشاء العقود والشروط

- تمهيد - اختلاف الفقهاء في مدى سلطان الارادة (٤٦٥) أولا - رأي  
 المضيقين (٤٦٦) أدلة هذا الرأي (٤٦٧) ثانيا - رأي الموسعين (٤٦٨)  
 أدلة رأي الموسعين (٤٦٩) ثالثا - رأي المتوسطين وأنواع الشروط  
 عندهم (٤٧٠) •

## الباب الثالث

### الجرائم والعقوبات

- تمهيد - القانون الجنائي الاسلامي من فروع القانون العام (٤٧١) ٣٩٩ - ٤١٤  
 تعريف الجريمة (٤٧٢) أساس اعتبار الفعل جريمة (٣٧٣) أساس  
 تشريع العقاب والغرض منه (٤٧٤) أنواع الجرائم (٤٧٥) أولا - جرائم  
 الحدود (٤٧٦) آ - الزنا (٤٧٧) ب - القذف (٤٧٨) ج - شرب الخمر  
 (٤٧٩) د - السرقة (٤٨٠) هـ - قطع الطريق (٤٨١) و - الردة (٤٨٢)  
 ثانيا - جرائم القصاص والديات (٤٨٣) ما عليه العمل الآن في جرائم  
 القصاص (٤٨٤) ثالثا - جرائم التعزير (٤٨٥) سريان القانون الجنائي  
 الاسلامي من حيث المكان (٤٨٦) ان القانون الجنائي الاسلامي في أصله  
 قانون عالمي (٤٨٧) سريان القانون الجنائي الاسلامي خارج دار الاسلام  
 (٤٨٨) الخاتمة (٤٨٩) •



دار عمريين الخطاب  
للنشر والتوزيع  
ش. عبد القادر الطوي - بولطى  
أمام جامع الهداية : ٩٦٤٢٤١  
بالاسكندرية